Die Möglichkeit dinglicher Sicherung des Wiederkaufsrechtes an Grundstücken,

unter Berücksichtigung der preußischen Rentengutsgesetzgebung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Alfred Bartsch
Referendar a. D.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Meyer.

Frau Postdirektor

Clara Bartsch geb. Post

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung. Berlin 1901.

Bendix, Die Vormerkung. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 49.

Biermann, Widerspruch und Vormerkung. Jena 1901.

Burdorff, Ist die rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufsrechtes und Wiederkaufsrechtes im Bürgerlichen Gesetzbuch geändert gegenüber dem gemeinen Recht? Erlangen 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2 Jena 1898 und 4. Aufl. Bd. 2 Jena 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen 1902.

Crusen-Müller, Das preuß. Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 1. Berlin 1900.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 2 Teil 2 u. Bd. 3 3. Aufl. Halle 1906.

Dollinger, Über Vormerkungen bei Wiederkaufsrechten. In der Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg 46. Jahrg. Nr. 5 1904.

Endemann, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Teil 2. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. Marburg 1900.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Marburg 1908.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1889.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 5, 50, 56, 60, 67.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. München 1904.

Fantini, Das Wiederkaufsrecht an Grundstücken und seine Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Breslau 1904.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1: Materielles Grundbuchrecht. 1902.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Teil 16. Erlangen 1814.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Teil 1. 1900.

Güthe, Die Grundbuchordnung. Bd. 1. Berlin 1905.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Buch. Stuttgart 1897.

Hahn, Der Wiederkauf. Eine zivilistische Studie. Berlin 1902.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. In Abhandlungen über Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Rechts, herausgegeben von O. Fischer Bd. 5. Jena 1900.

Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts von Johow. Bd. 21.
Juristische Wochenschrift. 33. Jahrg. 1904 u. 30. Jahrg. 1901.
Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. Bd. 2. Leipzig 1903.
Krech-Fischer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 4. Aufl. Berlin 1903.
Krohn, Der Wiederkauf nach gemeinem und preußischem Recht. Greifswald 1890.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1888.
Mahraun, Die preußischen Rentengutsgesetze. Berlin 1892.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1899.
Meyn, Die preußischen Rentengutsgesetze. Berlin 1892.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1, 2, 3. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 4. Aufl. Berlin 1905.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1904.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Peltasohn, Rentenguts- und Anerbenrechtsgesetzgebung in Preußen. Berlin 1903, Guttentagsche Sammlung.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2 u. 3. 3. Aufl. Berlin 1907.
Platner, Der Wiederkauf. In der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 1864.
Predari, Die Grundbuchordnung. Berlin 1907.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. Berlin 1899.
Raschig, Vormerkungsfähige Ansprüche. Borna-Leipzig 1903.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan-Falkmann. Bd. 14 u. 2. Leipzig 1907 u. 1901.
Reichel, Die Vormerkung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 46. Jena 1904.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 11. Leipzig 1901.
Sekler, Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht. München 1904.
Sombart, Das preußische Gesetz über Rentengüter. Im Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft von Schmoller 14. Jahrg. Leipzig 1890.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. Berlin 1901.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2 u. 1. München 1901.
Strippelmann, Der Widerkauf. In den Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Kassel Bd. 6 1851.
Scherer, Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches. Teil 1: Bürgerliches Recht. Bd. 7. Erlangen 1899.
Schneider, Rentengut und Rentenprinzip nach dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Im Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Dr. Kohlhaas, Bd. 76. Freiburg i. Br. 1890.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1897.

Schreiner, Die dingliche Sicherung des persönlichen Wiederkaufsrechts in Ansehung von Grundstücken nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Halle a. S. 1904.

Schütze, über die Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältnis des pactum de retrovendendo, des pactum de retroemendo und des pactum displicentiae beim Kauf. Rostock 1890.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Bd. 1. 3. Aufl. Paderborn 1906.

Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Reichsgrundbuchordnung. Berlin 1904.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Waldhecker, Die preußischen Rentengutsgesetze nach Theorie und Praxis. Berlin 1894.

v. Wangenheim, Das Wiederkaufsrecht. Göttingen 1899.

Weber, Dingliche Sicherung des Rechts zum Wiederkauf von Grundstücken. Marburg W.-S. 1903/04.

Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. 2. Leipzig 1898.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0043

Erstes Kapitel.

Über das Wesen des Wiederkaufs und des Wiederkaufsrechts.

§ 1.

Geschichtliche Übersicht über die Entwicklung des Wiederkaufs im deutschen und römischen Recht.

Mit dem 13. Jahrhundert war für Deutschland eine Zeit wirtschaftlichen Aufschwunges hereingebrochen. Infolge der gesteigerten Lebenshaltung wuchs auch das Bedürfnis nach barem Gelde. Damals bestand aber noch das Vermögen des einzelnen hauptsächlich in Grund und Boden, es herrschte naturgemäß eine allgemeine Geldknappheit, die noch durch wirtschaftlich äußerst schädliche Rechtsinstitute der mittelalterlichen Gesetzgebung vermehrt wurde. Für den Grundbesitzer jener Zeit war es mit großen Schwierigkeiten verknüpft, Kredit zu erhalten. Die kanonischen Zinsverbote, die mit Strenge durchgeführt wurden, erklärten Zinsabreden für nichtig und strafbar. Zwar waren von diesem Verbot Juden und Lombarden nicht betroffen, sie trieben jedoch den Zinsfuß derart in die Höhe, daß sie für den geldsuchenden Grundbesitzer kaum in Frage kamen. Auch die Bürgschaft konnte dem Bedarf nicht abhelfen, da sie als Vermögenshaftung nur die Fahrhabe des Bürgen verstrickte und als Personalhaftung wegen des eventuellen Einlagers des Bürgen (einreiten, obstagium, in ein Wirtshaus bis zur Tilgung der Schuld) zu viel Kosten verursachte. Es blieb ihm nichts anderes übrig, als mit Hilfe seines Gutes zu Kapital zu gelangen. Von dem Besitz an Grund und Boden hing jedoch sein soziales Ansehen und sein politischer Einfluß ab; er mußte danach trachten, ihn auf alle

Fälle zu erhalten. Zwar bot die ältere Satzung oder Satzung mit Gewere eine Handhabe, dem Darlehnsgeber genügend Sicherheit durch Landverpfändung zu verschaffen. Die Sicherheit allein genügt jedoch den Geldleihenden meistens nicht, sie wollen auch pekuniäre Vorteile aus dem Geschäfte ziehen. Da kam in der Gestalt des Wiederkaufsvorbehalts ein Institut auf, das geeignet erschien, der Geldknappheit der Grundbesitzer abzuhelfen. Einerseits wurde die Rechtslage der Gläubiger dadurch eine günstigere, daß sie Eigentümer des Gutes wurden, andererseits bot es dem Verkäufer den Vorteil, daß der Familiensitz nach Besserung der Vermögenslage, sei es auch erst von seinen Erben, wiedererlangt werden konnte. Der bei weitem überwiegende Vorteil dieses neuen Rechtsbehelfes bestand hauptsächlich darin, daß als Wiederkaufspreis eine höhere Summe vereinbart werden konnte, als wie der ursprüngliche Kaufpreis des Gutes betrug. Der Gläubiger konnte auf diese Weise pekuniäre Vorteile erlangen, ohne daß ein Gesetz existierte, das gegen diese Handlungsweise einschritt. Man hatte ein Mittel gefunden, die kanonischen Zinsverbote zu umgehen, und damit war das treibende Moment für die Ausbreitung des Wiederkaufs in Deutschland gegeben.[1] Der bedeutende ideelle Wert, den das Gut für den Grundbesitzer hatte, mußte naturgemäß zu einer Ausbeutung bezw. zu einem Mißbrauch von seiten des Darlehnsgebers führen. Das Wiederkaufsrecht zeitigte eine neue Art Wucher. Im Jahre 1530 sah man sich denn auch genötigt, durch die „Ordnung und Reformation guter Polizei zu Augspurg" gegen den „wucherlichen Kontrakt" einzuschreiten.

Inzwischen hatte das römische Recht seinen Einzug in Deutschland gehalten. Die deutschen Juristen beschäftigten sich immer eingehender mit seinem Studium, und das einheimische Privatrecht wurde stark vernachlässigt. Infolgedessen geriet auch das ausgebildete deutsche Institut des Wiederkaufs bald in Vergessenheit trotz seiner großen ehemaligen Verbreitung. Mit dem Eindringen der Hypothek des römischen Rechts und der Einführung neuer partikularrechtlicher Pfandinstitute hatte es seine Rolle als Kreditgeschäft in Deutschland ausgespielt. Die gemein-

[1]) vgl. zu der ganzen Darstellung Platner a. a. O. S. 123 ff. und die Darstellung in ERG. Bd. 5 S. 201.

rechtliche Doktrin versuchte auf rein römischer Grundlage das Institut des Wiederkaufs aufzubauen. Aber man fand in den Quellen nur spärliche Anhaltspunkte. Tatsächlich kommen nach der herrschenden Ansicht nur zwei Stellen im Corpus iuris — D. 19, 5, 12 und C. 4, 54, 2. — in Frage. Ihre Fassung ist aber eine derartige, daß man auch einen Reukauf oder einen resolutiv bedingten Kauf aus ihrem Inhalt heraus konstruieren kann. Trotz dieses geringen Materials erhob sich ein lebhafter Streit der Meinungen. M. E. konnte man sich wohl nicht an den Gedanken gewöhnen, daß den Römern, deren Obligationenrecht so glänzend und nach jeder Richtung vorbildlich ausgeprägt war, ein dem deutschen Privatrecht geläufiger Begriff wie der Wiederkauf fremd gewesen sein sollte. Tatsächlich hat es aber nicht an Stimmen gefehlt, die die Existenz des Wiederkaufs im römischen Recht völlig leugneten oder wenigstens anzweifelten.[2]) Andererseits versuchten diejenigen, die auf seinem Vorkommen bestanden, das geringe Auftauchen in den Quellen verschiedenartig zu deuten. Bald wies man auf das ähnliche Institut der mancipatio cum fiducia hin[3]) und sah in ihr den Ursprung des römischen Wiederkaufs, bald glaubte man des Rätsels Lösung darin gefunden zu haben, daß die römischen Juristen ihr Hauptaugenmerk auf die Ausbildung des Pfandrechts gerichtet hatten, bezw. daß es überhaupt nicht zu einer Ausbildung des Instituts gekommen war.[4]) Jedenfalls ist man in der Literatur zu einem befriedigenden Ergebnis darüber, ob den Römern der Wiederkauf überhaupt bekannt war, bis heutigen Tages noch nicht gelangt. Es kann demzufolge auch nicht wundernehmen, daß über alle Fragen, die den Wiederkauf im römischen Recht betreffen, noch immer lebhafter Streit herrscht. Besonders umstritten ist die rechtliche Konstruktion des Wiederkaufsvorbehaltes. Sie führte im gemeinen Recht zur Aufstellung zahlreicher Theorien. Aber über diese Konstruktionsversuche hinaus ist man nicht gekommen.

[2]) vgl. Glück a. a. O. S. 203 ff. und über die ganze Literatur usw. betreffs des Wiederkaufs im römischen und gemeinen Recht. Krohn S. 13 ff. und Schütze a. a. O. § 2 S. 12 ff.

[3]) Strippelmann a. a. O. S. 256.

[4]) vgl. Fantini a. a. O. S. 6.

§ 2.

Ein bei der Betrachtung der über den Wiederkauf und das Wiederkaufsrecht aufgestellten Theorien zu beachtender Gesichtspunkt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch widmet dem Wiederkauf sieben Paragraphen, 497—503. Es gibt zwar klare positive Bestimmungen über die Entstehung und Beendigung des Wiederkaufsrechts sowie über die Pflichten und Rechte der beiden Vertragsgenossen, eine Begriffsbestimmung oder eine Feststellung der Rechtsnatur des Wiederkaufs ist jedoch nicht erfolgt, auch eine Klarstellung nach dieser Richtung hin aus den wenigen gesetzlichen Vorschriften mit großen Schwierigkeiten verknüpft. Die Motive[1] betonen ausdrücklich: „über die juristische Konstruktion will der Entwurf nichts bestimmen". Die Gesetzgeber hielten es für ratsam, die Lösung der Konstruktionsfrage der Wissenschaft und Praxis zu überlassen. Damit war auch das Signal gegeben, die alten gemeinrechtlichen Streitfragen von neuem aufzuwerfen und mit ihrer Hilfe eine geeignete Konstruktion für den Wiederkauf des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu finden. Immerhin aber ist man der Lösung der Streitfrage ein bedeutendes Stück näher gerückt, denn der Gesetzgeber hat, wie gesagt, in § 497 eine positive Bestimmung über das „Zustandekommen" des Wiederkaufs in den §§ 498—503 noch weitere Bestimmungen über die Rechtslage vor und nach Ausübung des Wiederkaufsrechts geschaffen. Hierdurch war doch wenigstens eine feste Grundlage gegeben, auf der man die Streitfrage über das Wesen des Wiederkaufsrechts aufnehmen konnte, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß die Zahl der Theorien sich zunächst nur vermehrt hat.

Ehe über die einzelnen Theorien berichtet werden kann, muß zu deren Verständnis hervorgehoben werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nach dem Wortlaut des § 497 für das Zustandekommen des Wiederkaufes offenbar drei Momente in den Vordergrund stellt:

---

[1] Bd. 2 S. 340.

1. den in dem Kaufvertrage gemachten Vorbehalt des Rechts des Wiederkaufes oder besser: der Vertrag,[2]) durch den das Wiederkaufsrecht vorbehalten wird;
2. das durch diesen Vertrag begründete Wiederkaufsrecht;
3. den Wiederkauf, zustande kommend durch die Erklärung des Wiederkäufers, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe.[3])

Die Besonderheit der vorliegenden Arbeit besteht darin, daß schärfer als bisher eine Untersuchung zwischen dem Wesen des Wiederkaufsrechtes und dem des Wiederkaufes versucht wird. Diese Unterscheidung ist m. E. unbedingt notwendig, wenn man die Hoffnung nicht aufgeben soll, daß jemals eine Verständigung unter den Vertretern der verschiedenen Theorien zustande kommen könne.

An sich ist es allerdings nur Sache vorliegender Arbeit, festzustellen, welcher Art das Wiederkaufsrecht ist, und ob diesem Recht Wirkungen gegen Dritte beigelegt werden können. Da aber einige den Wiederkauf als bedingten Rückkauf auffassen und, wie vorausgenommen werden muß, das Recht einem bedingten Anspruch auf Übertragung des Eigentums gleichstellen und deshalb für fähig halten, gemäß § 883 Satz 2 BGB. durch Vormerkung sichergestellt zu werden, so muß hier auch über die über den Wiederkauf aufgestellten Theorien berichtet werden. Dabei ist zu beachten, daß von denen, die sich mit der Frage beschäftigt haben, bald vom Wiederkauf, bald vom Vorbehalt des Wiederkaufs, bald vom Wiederkaufsrecht gesprochen wird, was die Behandlung naturgemäß sehr erschwert und zu vielen Mißverständnissen geführt hat.

§ 3.

Die Vorvertragstheorie.

Es lag auf der Hand, daß man die im gemeinen Recht herrschende Theorie des Vorvertrages für das Bürgerliche Gesetz-

---

[2]) Hahn S. 43: „Die Wiederkaufsberechtigung entsteht also lediglich durch gegenseitigen Vertrag".

[3]) vgl. auch Scherer a. a. O. zu § 497; er legt den Schwerpunkt des Paragraphen auf den „Vorbehalt des Wiederkaufes".

buch zu halten gesucht hat. Nach ihr ist der Wiederkaufsvorbehalt ein pactum de contrahendo, ein Vorvertrag, der die Grundlage für den später abzuschließenden Hauptvertrag, den Wiederkaufsvertrag, bildet. Dieser Vorvertrag ist demnach darauf gerichtet, daß der Käufer die Pflicht übernimmt, die Sache auf Verlangen des Verkäufers an ihn zurückzuverkaufen. Die Mitwirkung beider Kontrahenten des Berechtigten und Verpflichteten wäre zum Abschluß des Wiederkaufsvertrages also erforderlich. Es könnte infolgedessen der Verkäufer auch auf Abschluß des Hauptvertrages, m. a. W. auf Abgabe einer Willenserklärung des Käufers klagen. Dem aber steht der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen, wonach der Wiederkauf lediglich durch die einseitige Willenserklärung des Verkäufers, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande kommt; eine Erklärung des Käufers, daß er mit dem Rückkauf einverstanden sei, ist nicht erforderlich. Der Wiederkauf ist schon mit Abgabe jener Erklärung des Verkäufers vollzogen und der durch den Wiederkauf entstandene Anspruch nicht auf Abschluß des Vertrages, sondern auf Übergabe und Verschaffung des Eigentums gerichtet (§§ 498 u. 433). Mag diese Theorie für das gemeine Recht berechtigt gewesen sein, für das Bürgerliche Gesetzbuch ist sie nicht zu halten. Sie hat auch jetzt nur in Schütze[1]) einen Verteidiger gefunden. Auch die Motive erwähnen neben anderen die Konstruktion eines pactum de contrahendo „mit der positiven Bestimmung, daß der Vorausvertrag sich durch die fragliche Erklärung des Berechtigten unmittelbar in den Hauptvertrag verwandle",[2]) ohne aber etwa diese Konstruktion als für die des Bürgerlichen Gesetzbuches maßgebend zu bezeichnen. Gegen sie haben sich Enneccerus-Lehmann, Oertmann, Matthiaß, Crome, Endemann[3]) ausgesprochen. Im Gegensatz zu verschiedenen Schriftstellern[4]) halte ich es für bedenklich, Dernburg als Vertreter der Vorver-

---

[1]) Schütze a. a. O. S. 93.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 340.

[3]) Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 550; Oertmann a. a. O. S. 423 Vorbem. zu § 497, 2a; Matthiaß a. a. O. S. 463 VI A; Crome a. a. O. S. 488 § 227; Endemann a. a. O. S. 617 Anm. 7.

[4]) s. v. Burdorff S. 36.

tragstheorie hinzustellen. Er sagt zwar: „durch den Vorbehalt des Wiederkaufs verbindet sich der Käufer eines Gegenstandes zu dessen Rückverkauf an den Käufer",[5] aber an anderer Stelle: „die Erklärung des Wiederverkäufers begründet, wie wenn ein Kaufvertrag abgeschlossen wäre, gegenseitige Verbindlichkeiten, welche den allgemeinen Regeln des Kaufvertrages zufolge Zug um Zug zu erfüllen sind",[6] womit er sich auf den Boden Cosacks stellt.

Über das Wesen des Wiederkaufsrechtes sprechen sich die Vertreter der Vorvertragstheorie nicht aus.[7] So viel ist jedenfalls von ihrem Standpunkt aus sicher, daß aus dem Vorvertrag ein „Anspruch" entsteht, wenn auch nicht auf Übertragung des Eigentums gerichtet, so doch auf Abschluß des Wiederkaufes. Wollten sie das Wiederkaufsrecht mit diesem Anspruch gleichstellen, so wäre dies jedenfalls irrtümlich. Denn es müßten dann die Bestimmungen der §§ 194 ff. über Verjährung dieses Anspruches Platz greifen, und die in § 503 bestimmten Ausschlußfristen wären damit nicht in Einklang zu bringen.

§ 4.

Die Theorie der Wiederkaufsofferte.

Für das Bürgerliche Gesetzbuch hat Planck eine dem gemeinen Recht unbekannte neue Theorie aufgestellt. Er faßt den Wiederkauf als einen Vertrag auf, und zwar „als eine besondere Art Kauf" und „den Vorbehalt als einen auf Wiederverkauf gerichteten Vertragsantrag, an den der Käufer nach § 603 gebunden ist".[1] Planck muß aber selbst zugestehen, daß die in § 497 ausgesprochene Formlosigkeit der Wiederkaufserklärung mit den sonst für den Kauf von Grundstücken gegebenen Bestimmungen des § 313 BGB. nicht in Einklang steht; denn es müßte nach

[5] Dernburg Bd. 2, 2 1906 § 198 I.

[6] Dernburg a. a. O. S. 122 VI Abs. 1.

[7] Bisweilen wird überhaupt ein Eingehen auf die Konstruktionsmöglichkeiten gänzlich vermieden; so u. a. auch von Haidlen a. a. O. S. 564 ff. und Neumann a. a. O. S. 362 Vorbem. zu §§ 497—503.

[1] Planck S. 408 Vorbem. zu § 497 Anm. 3.

diesem Paragraphen bezw. nach § 128 BGB. zunächst die Offerte und dann die Annahme gerichtlich oder notariell beurkundet werden. Weiterhin wird gegen sie allgemein geltend gemacht, daß die nach § 503 anzunehmende dreißigjährige Gebundenheit an die Offerte derartig mit dem Wesen der Offerte im Widerspruch steht, daß man sie schon aus diesem Grunde ablehnen müßte. Auch muß die Auffassung Plancks, daß der Vorbehalt ein auf Wiederverkauf gerichteter Vertragsantrag des „Käufers" sei, vom Standpunkt der Praxis aus lebhaftes Befremden erregen, da doch beim Wiederkauf in der Regel der Verkäufer derjenige sein wird, der sich in einer Zwangslage befindet und dem daran gelegen ist, sein Grundstück wiederzuerlangen. Es ist nicht einzusehen, warum der Käufer, für den der Wiederkaufsvorbehalt an sich schon eine Last bedeutet, auch noch durch eine Offerte dem Verkäufer entgegenkommen solle. Mag man nun aus allen diesen Bedenken heraus zur Abweisung jener Theorie über den Wiederkauf kommen[2]) oder nicht, so interessiert uns jedenfalls die scharfe Unterscheidung Plancks zwischen Wiederkauf und dem Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes. Über das Wesen des Wiederkaufsrechtes fügt er noch hinzu, daß es „das dem Verkäufer gegenüber dem Käufer zustehende Recht sei, durch einseitige Erklärung den Wiederkauf zustande zu bringen".[3])

Es muß zugegeben werden, daß diese scharfe Unterscheidung dem Wortlaut des Gesetzes als auch unserer Auffassung entspricht. Nun deckt sich jedoch im Sinne Plancks die einseitige Erklärung des Verkäufers, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, mit der Annahme der von dem Käufer gemachten Offerte. Diese nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche einem jeden zustehende Befugnis einen Vertragsschluß herbeizuführen, stellt Planck beim Wiederkauf als das Wiederkaufsrecht dar. Offenbar hat er erkannt, daß es sich hier um ein Recht von besonderer Art handelt; aber es unterliegt wohl

[2]) Gegen die Theorie haben sich gewandt Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 551, 4; Oertmann a. a. O. S. 423, 2c vor § 497; Staudinger a. a. O. S. 244 Vorbem. 3 zu § 497; Crome a. a. O. S. 488 § 227.

[3]) Anm. 3 zu § 497; vgl. auch die fast gleichlautende Erklärung v. Wangenheims a. a. O. S. 22, der im übrigen auch eine Sonderung von Wiederkaufsrecht und Wiederkauf durchführt.

keinem Zweifel, daß das „Wiederkaufsrecht" des Bürgerlichen Gesetzbuchs in den Rahmen der Offertentheorie gar nicht hineinpaßt. Gerade bei seiner Erklärung dieses Rechts mußte Planck zum Bewußtsein kommen, welch überaus gekünsteltes Gebilde er mit seiner juristischen Konstruktion des Wiederkaufs geschaffen hat.

§ 5.

Die Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufs.

Enneccerus steht auf dem Standpunkt, daß der Wiederkauf ein suspensiv bedingter Rückkauf ist. Er sagt: „Der Wiederverkaufsvorbehalt ist aufzufassen als Abschluß eines aufschiebend bedingten Rückkaufs",[1]) bedingt nämlich durch die Abgabe der Willenserklärung von seiten des Verkäufers. Auch diese Theorie wird bereits in den Motiven anschließend an die Auffassung des Dresdner Entwurfs § 487 als eine der möglichen Konstruktionen über den Wiederkauf erwähnt.[2]) Darüber, daß ein mit der Bestimmung geschlossener Vertrag, daß der eine nur dann gebunden sein soll, „wenn er wolle", hier wenn er das Wiederkaufsrecht ausüben will, für den anderen Teil bindend sei, herrscht gegenwärtig mit Rücksicht auf die Gültigkeit des gleichfalls auf den Willen des Berechtigten gestellten „Kauf auf Probe" (§ 495) kein Zweifel mehr. Dies hat auch das Reichsgericht neuerdings (in Bd. 67 S. 46) anerkannt, indem es sagt: „Daß eine wenngleich von der Willkür des Verpflichteten abhängige Handlung wirksam als Bedingung gesetzt werden kann, unterliegt keinem Bedenken".[3]) Es ist zuzugeben, daß diese Theorie mit den gesetzlichen Bestimmungen noch am besten harmoniert, wenn freilich auch sich bei ihr ein wesentlicher Mangel zeigt. Während nämlich beim gewöhnlichen Kauf nach § 446 die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung bis zur Übergabe der Verkäufer trägt, trägt sie beim Wiederkauf nach § 498 Abs. 2

---

[1]) Enneccerus a. a. O. S. 871; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 551, 5.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 340.

[3]) vgl. Nachweis über die Möglichkeit einer auf den Willen des Berechtigten gestellten Bedingung bei Hahn S. 34—40.

Satz 2 der Wiederkäufer. Planck[4]) betrachtet die Abweichung der Bestimmungen über die Gefahr als zu erheblich, um sich als Anhänger dieser Theorie bekennen zu können, nach der der Wiederkauf schon durch Einräumung des Vorbehalts zur Entstehung kommt, und weist demgegenüber auf seine Theorie als die richtigere hin, da nach ihr der Kauf erst durch Abgabe der Willenserklärung zustande kommt und die Regelung des Gefahrüberganges somit dem § 446 entspricht. Nachdem die zweite Frage betreffend die auf den Willen des Berechtigten gestellte Bedingung beseitigt ist, ist diese Theorie in der Literatur zur vorherrschenden geworden. Über die Unstimmigkeit beim Gefahrübergange hat man sich mit dem Einwand abgefunden, daß ja der Wiederkäufer das Recht nicht auszuüben brauche, wenn er auf Grund des § 498 Abs. 2 Satz 2 Schaden zu erwarten habe. Auffallenderweise ist man aber auch darüber hinweggegangen, daß die Theorie zwar den Wiederkauf zu erklären vermag, gegenüber der Rechtsnatur des Wiederkaufsrechtes jedoch keinerlei Stellung nimmt. Enneccerus[5]) enthält sich jedenfalls einer Definition des Rechts. Wir werden uns daher noch später mit ihr auseinanderzusetzen haben. Rückhaltlos stimmt der Theorie Matthiaß[6]) zu. Vorsichtiger Staudinger,[7]) der aber weniger definiert als den § 497 erläutert.

Zweifelhafter ist, ob Ebert in Fischer-Henle als Anhänger der Theorie zu bezeichnen, wenn er sagt: „Die sich aus dem Wiederkauf ergebenden Verpflichtungen wurzeln in dem ersten Kaufvertrage".[8]) Im übrigen wird sie noch in den meisten Dissertationen vertreten, so z. B. von Weber, v. Wangenheim, Fantini und Hahn. Auch scheint sie das Kammergericht in Rechtspr. d. OLG. Jahrg. 1907 S. 71 zur Grundlage genommen zu haben.

[4]) Planck a. a. O. S. 408 Vorbem. zu § 497 Nr. 3.

[5]) Enneccerus a. a. O. S. 871.

[6]) Matthiaß a. a. O. S. 463 unter A.

[7]) Staudinger a. a. O. Anm. 3 der Vorbem. zu § 497.

[8]) Anm. 4 zu § 497.

§ 6.

Theorie des Rücktrittsrechts.

Nach Kuhlenbeck, der sich einer auch schon für das gemeine Recht aufgestellten Theorie anschließt, ist „der Kauf mit Vorbehalt des Wiederkaufs ein Kauf unter Vorbehalt eines Rücktrittsrechtes, das allerdings im Bürgerlichen Gesetzbuch eine besondere, von den allgemeinen Regeln des Rücktrittsrechts abweichende Regelung erhalten hat“.[1] Diese Theorie muß jedoch von vornherein als dem Gesetz direkt zuwiderlaufend verworfen werden. Denn tatsächlich haben Wiederkaufsrecht und Rücktrittsrecht nur das gemeinsam, daß sie in einem Vertrage vorbehalten (§§ 497 u. 346), und daß sie beide durch einseitige Erklärung ausgeübt werden (§§ 497 u. 349). Jedoch ist, nur um einzelne Abweichungen hervorzuheben, von einer Rückgängigmachung des ersten Kaufes beim Wiederkauf keine Rede, im Gegenteil, er bleibt völlig unberührt, und es kommt mit der einseitigen Erklärung ein neuer Kauf, der Wiederkauf, zustande. Ferner behält der Käufer die Nutzungen der Zwischenzeit. Es ist ihm nur die Pflicht auferlegt, den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben (§ 498 Satz 1). Zu einer Verzinsung des Kaufpreises von der Zeit des Empfanges an ist er nicht verpflichtet (vgl. dagegen § 347). Auch nimmt das Gesetz nicht, wie sonst, auf die Bestimmungen des Rücktrittsrechts Bezug.[2] Es haben sich u. a. Dernburg,[3] Schollmeyer,[4] Matthiaß,[5] Enneccerus,[6] Planck[7]) gegen diese Theorie ausgesprochen.

§ 7.

Die Theorie des Einlösungsanspruchs.

Schollmeyer ging von dem § 1068 österr. BGB. aus, welcher bestimmt: „Das Recht, eine verkaufte Sache wieder einzulösen,

---

[1]) a. a. O. Bd. 2 S. 268.

[2]) vgl. nur die §§ 327, 467.

[3]) Dernburg Bd. 2, 2 § 198, 1.

[4]) Schollmeyer a. a. O. S. 23.

[5]) Matthiaß a. a. O. S. 463 A.

[6]) Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 550.

[7]) Planck a. a. O. S. 408 Anm. 3 vor § 497.

heißt das Recht des Wiederkaufs", und glaubte in der von ihm aufgestellten sogen. Theorie des Einlösungsrechtes eine passende Definition gefunden zu haben. Er sagt[1]): „Man wird dazu gedrängt, in dem vertragsmäßigen Vorbehalt des Wiederkaufes ein Recht auf Einlösung, also auf Rückforderung des Kaufgegenstandes gegen Zahlung einer in bestimmter Weise normierten Einlösungssumme zu erblicken". Er vermeidet allerdings damit die Schwächen der Rücktrittstheorie, doch hat seine Konstruktion den Fehler, daß sie überhaupt keine Definition gibt.[2]) Denn das Einlösungsrecht ist ein dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geläufiger Begriff. Jener Theorie beitreten hieße also etwas Unbekanntes mit etwas Unbekanntem erklären. Außer Oertmann sprechen sich Planck[3]) und Enneccerus[4]) gegen sie aus. Die Stellungnahme Endemanns ist nicht klar zu erkennen.[5]) Er scheint einerseits allerdings Vertreter der Schollmeyerschen Theorie zu sein, jedoch tritt bei ihm andrerseits auch eine starke Neigung zu der Planckschen Offertentheorie zutage.[6]) Neuerdings ist diese Theorie bezüglich des Vorkaufsrechtes vom Reichsgericht verneint worden.[7])

§ 8.

Die Theorie der einseitigen Erklärung.

Eine zunächst etwas eigenartige und bedenklich anmutende Anschauung vertritt Cosack, indem er sagt: „Der Wiederkauf ist kein Vertrag, also der Wiederkäufer nicht wirklicher Käufer, der Wiederverkäufer nicht wirklicher Verkäufer. Vielmehr ist er eine einseitige Rechtshandlung des Wiederkäufers".[1]) Wegen seiner Eigenart hat dieser Konstruktionsversuch wenig Anhänger gefunden, so daß er von vielen gar nicht als beachtenswert er-

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 23.

[2]) Vers. M. Oertmann a. a. O. S. 423 Vorbem. 2b zu § 497.

[3]) Planck a. a. O. S. 408 Vorbem. 3 zu § 497.

[4]) Enneccerus a. a. O. S. 551, 3.

[5]) vgl. a. a. O. S. 1012.

[6]) a. a. O. S. 1013 Anm. 88.

[7]) ERG. Bd. 67 S. 44.

[1]) Cosack a. a. O. S. 452, V.

wähnt wird.[2]) Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß auch Dernburg zu den Anhängern Cosacks gerechnet wird; denn er sagt: „Die Erklärung des Wiederkäufers begründet, wie wenn ein Kaufvertrag abgeschlossen wäre, gegenseitige Verbindlichkeiten, welche der allgemeinen Regel des Kaufvertrages zufolge Zug um Zug zu erfüllen sind".[3]) Auch Windscheid-Kipp lehnen einen Kaufvertrag ab und lassen durch die Erklärungen ein Verpflichtungsverhältnis entstehen, das nach Analogie eines Kaufverhältnisses beurteilt werden soll.[4]) Damit kommen sie Cosack nahe, welcher den Wiederkauf gleichfalls nicht für einen eigentlichen Kauf hält. Auf diese Theorie werden wir später noch eingehend zurückkommen müssen, ebenso wie auf die des suspensiv bedingten Rückkaufs.

§ 9.

Rückblick auf die aufgestellten Theorien und ihre Fehler.

Es ist bereits bei dem Bericht über die aufgestellten Theorien hervorgehoben worden, daß von ihren Vertretern bald der Wiederkauf, bald das Wiederkaufsrecht, bald der Vorbehalt definiert wird. Solange nicht darauf geachtet wird, daß man hier streng unterscheiden muß, wird, es ist noch einmal zu betonen, auch eine weitere Diskussion der Theorien schwerlich zu einem Ziele führen, da Mißverständnisse nicht zu vermeiden sind. Wirft man einen Blick über die aufgestellten Theorien, so sieht man, daß einige von einem „Vertrage" reden, die anderen (zu §§ 5, 6, 7) das Wiederkaufsrecht mehr in den Vordergrund stellen. Der Grund liegt m. E. darin, das der sogen. Vorbehalt verschieden aufgefaßt wird.

Daß der „Vorbehalt" nur durch einen Vertrag, d. h. mit Einverständnis des Käufers zur Entstehung gelangen kann, nicht etwa durch einseitige Erklärung eines Vorbehalts, darüber herrscht wohl

[2]) Es erwähnt ihn z. B. nicht Burdorff a. a. O. S. 44; Weber a. a. O. S. 3—6; Hahn a. a. O. S. 24—33.

[3]) Dernburg a. a. O. S. 122 Anm. IV Abs. 1.

[4]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 600 § 388 Nr. 2; desgl. Crome a. a. O. S. 493.

kein Zweifel. Vgl. den Wortlaut des § 497 „in dem Kaufvertrage vorbehalten".[1])

Wird aber nun durch diesen Vertrag der Wiederkauf oder das Wiederkaufsrecht vorbehalten? Nach dem Gesetz zweifellos das Wiederkaufsrecht. M. E. ist den Vertretern der Vertragstheorien, insbesondere denen des suspensiv bedingten Rückkaufs, ein logischer Fehler untergeschlüpft, indem sie den Nebenvertrag, durch den das Wiederkaufsrecht vorbehalten wird, gleichstellen einem Rückkaufvertrage. Der Inhalt des Nebenvertrags geht nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nur auf Vorbehalt oder Einräumung eines Rechts, nicht auf Vorbehalt oder Abschluß eines Rückkaufs.

Von diesem Gesichtspunkte aus muß man einmal die Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufs betrachten, dann wird man mit Sicherheit zu ihrer Verwerfung gelangen. Denn Enneccerus, der Begründer dieser Theorie, sagt doch mit klaren Worten: „Der Wiederkaufsvorbehalt ist der Abschluß eines Rückkaufs". Wenn sie aus diesem Vertrage weiterhin einen schon durch den Vertrag entstandenen bedingten Anspruch konstruieren, so ist dies gleichfalls fehlerhaft, weil ihre Theorie auf der falschen Voraussetzung beruht, daß sie den Vorbehalt des Wiederkaufsrechts einem Rückkaufsvertrage gleichstellen. Hervorgehoben muß noch werden, daß weder Enneccerus[2]) noch sein unbedingter Anhänger Matthiaß[3]) irgendein Wort über das Wiederkaufsrecht verlieren, und sie können es auch von ihrem Standpunkt aus gar nicht erklären. Wenn der „Vorbehalt" ein Vertrag ist, so erzeugt er einen Anspruch, da jeder obligatorische Vertrag eine Leistung haben muß. Das Wiederkaufsrecht aber mit jenem, wenn auch durch die Erklärung „si volam" bedingten Anspruch, gleichzustellen, wäre logisch; jedoch hat man dies nicht ausgesprochen, da man damit natürlich auf die heftigsten Widersprüche gestoßen wäre, denn man würde ebenso wie bei der Vorvertragstheorie einwenden, daß ein Anspruch nicht gegeben sein kann, weil im § 503 eine Präklusivfrist gegeben ist. Vielleicht hat Hahn, ein

---

[1]) Desgleichen Hahn a. a. O. S. 43.

[2]) Enneccerus a. a. O. S. 870/71.

[3]) Matthiaß a. a. O. S. 463.

Anhänger von Enneccerus, diesen Mangel erkannt. Er will aber nur bei der Vorvertragstheorie anerkennen, daß dort ein Anspruch gegeben sei, und stellt sie richtigerweise als unhaltbar hin. Dagegen will er für seine Theorie den bereits entstandenen Anspruch leugnen, indem er darauf hinweist,[4]) daß ein bedingter Anspruch kein eigentlicher Anspruch sei, und wohl wissend, daß wenn man auch bei der Rückkaufstheorie einen Anspruch anerkennt, die Theorie nach § 503 im Vergleich mit § 194 hinfällig wird. Die Existenz eines bedingten Anspruchs war allerdings früher eine sehr bestrittene Frage. Sie ist es aber für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht mehr, nachdem dieses die Bezeichnung „bedingter Anspruch" aufgenommen hat (§§ 883, 202, 813 BGB. und § 916 ZPO.)[5]) Andererseits erkennt auch Hahn[6]) bereits an, auf Enneccerus verweisend, daß eine „Aussicht auf die bei Eintritt der Bedingung zu erwartenden Rechtswirkungen vorhanden ist", die er als „Anwartschaft" bezeichnen möchte, weil bisher noch keine allgemein übliche Ausdrucksweise dafür gefunden sei. Aber vergeblich fragt man auch bei ihm, wie diese Anwartschaft des Wiederkaufsrechts entstehe. Wenn aus dem Vorbehalt ein Vertrag zur Entstehung gelangt, entsteht damit eben auch gleichzeitig ein Anspruch und nicht bloß ein Recht, das in Zukunft, nämlich durch seine Ausübung, einmal einen Anspruch erzeugen kann. Diese Ausdrucksweise haben die Anhänger der Vertragstheorien zu wenig beachtet und sind damit auf einen Irrweg geraten, besonders die Theorie von Enneccerus über den bedingten Rückkauf; denn wenn er sagt: „Der Wiederkaufsvorbehalt ist der Abschluß eines bedingten Rückkaufs", so spricht er doch damit von einem Vorbehalt, oder deutlicher gesagt, von einer Vereinbarung des Wiederkaufs — entgegen dem Gesetz, welches von der Vereinbarung eines Wiederkaufs*rechtes* für den Verkäufer spricht. Diese Verwechslung des Wortes wäre an sich wohl nicht bedeutsam, und sie war sehr begreiflich, da auch vor ihm bald vom Vorbehalt des Wieder*kaufs*, bald vom Vorbehalt des Wiederkaufs*rechts*

---

[4]) Hahn a. a. O. S. 75.

[5]) Mot. Bd. 1 S. 256; vgl. auch § 1113 Abs. 2.

[6]) a. a. O. S. 76.

gesprochen worden ist.[7]) Aber das Verhängnisvolle dabei war, daß sie bei ihm bei Aufstellung seiner Theorie m. E. einen Fehler in der Denkweise erzeugte. Denn indem er an einen vereinbarten Vorbehalt des Wieder kaufs dachte, lag es nur allzu nahe, diese Vereinbarung des Wiederkaufs mit einem Rückkauf (wenn auch einem bedingten) gleichzusetzen. Ich glaube aber nachgewiesen zu haben, daß sein Schluß, es liege ein bedingter Rückkauf vor, auf der falschen Voraussetzung beruht, daß ein Wieder kauf vorbehalten sei, während nach dem Gesetz ein Wiederkaufs recht vorbehalten ist. Ist aber die Voraussetzung falsch, so ist auch die aus ihm gezogene Schlußfolgerung falsch. Deshalb kann seiner Theorie nicht beigetreten werden, so sehr sie sich auch sonst den gesetzlichen Bestimmungen anpassen mag.

§ 10.

Rechtliche Natur des Wiederkaufs rechts.

Um eine der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vollkommen gerecht werdende Definition des Wieder kaufs zu finden, muß man dem Wortlaut des § 497 entsprechend und auf Grund der im vorigen Paragraphen als nötig dargelegten Ablehnung der Vertragstheorien unbedingt von der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Wiederkaufs recht ausgehen und zunächst hierfür eine juristische Konstruktion zu finden versuchen. Erst hieraus soll dann, soweit dies für unsere Aufgabe erforderlich ist, das Notwendige über das Wesen des Wieder kaufs entwickelt werden.

Es soll nicht verkannt werden, daß die scharfe Trennung zwischen Recht und Wieder kauf bedenklich erscheinen kann, da auch vom Gesetz dieser Unterschied nicht in dieser Weise hervorgehoben wird. Diese Unterscheidung erscheint jedoch schon deshalb geboten, um die Auffassungsart und Irrtümer der einzelnen Theorien erfassen und beleuchten zu können.

a) Das Wiederkaufs recht ähnelt darin, daß es durch Abgabe einer Erklärung ausgeübt wird, außer dem Vorkaufsrecht

[7]) vgl. auch ferner die ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzes selbst beim Rücktritt, wenn es in § 346 vom Rücktritt in § 327 vom Rücktrittsrecht spricht.

auch dem Rücktrittsrecht (vgl. § 349) und dem Recht, durch Abgabe einer Erklärung eine Rechtshandlung anzufechten (§ 143 Abs. 1). Diese Rechte haben ferner auch das gemeinsam, daß bei ihnen durch Abgabe einer Erklärung Rechtswirkungen eintreten, und zwar bei der Erklärung des Rücktritts die beiderseitige Verpflichtung zur Rückgewährung der empfangenen Leistungen (§ 346), bei der Anfechtung des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Nichtigkeit des anfechtbaren Rechtsgeschäfts (§ 142), bei der Anfechtung im Konkurse die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlungen (§ 29 KO.).

Hinsichtlich des Anfechtungsrechts und des Wiederkaufsrechts soll auch noch hervorgehoben werden, daß bei beiden für die Abgabe der Erklärung Ausschlußfristen festgesetzt sind (vgl § 41 KO., §§ 124 und 503 BGB.), und daß deshalb für das Anfechtungsrecht allgemein anerkannt ist, daß ein Anspruch erst nach Ausübung des Anfechtungsrechts entsteht.[1]) Dies sollte den Vertretern der Theorie des bedingten Rückkaufs, die schon vor Ausübung des Wiederkaufsrechts einen Anspruch als entstanden annehmen, zu Bedenken Anlaß geben.

Jene Zusammenstellung einiger vom Gesetz in manchen Punkten gleichbehandelter Rechte legt die Vermutung nahe, daß wir es hierbei mit einer Gruppe von Rechtsgebilden zu tun haben, die ihrer rechtlichen Konstruktion nach zueinander gehören, wie schon die vorangegangene oberflächliche Betrachtung ergibt.

b) Es ist das Verdienst Zitelmanns,[2]) zum ersten Male, allerdings im Anschluß an die von Enneccerus[3]) aufgestellte Kategorie der „Erwerbsberechtigungen", darauf hingewiesen zu haben, daß es eine Art von Rechten gibt, die sich unter die bisher aufgestellten Kategorien von Rechten nicht einreihen lassen. Bisher hatte man die Rechte in die zwei großen Gruppen der „Darfrechte" und „Sollrechte" eingeteilt,[4]) indem man unter jenen die absoluten Rechte verstand, welche die Macht einräumen, mit Ausschluß anderer auf einen Rechtsgegenstand einwirken zu „dürfen"

[1]) Staudinger Bd. 1 a. a. O. Anm. 5 d u. e zu § 194.

[2]) Zitelmann, Intern. PrivR. Bd. 2 S. 32ff.

[3]) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin S. 600ff., insbes. S. 611.

[4]) Zitelmann a. a. O. Bd. 2 S. 45 u. 35.

und das rechtliche „Dürfen" anderer Personen zu beschränken.[5]) Zu den „Sollrechten" zählt man diejenigen Rechte, welche eine andere Person zu einem Handeln „sollen" verpflichten, sei es nun auf obligatorischem oder auf familienrechtlichem Gebiete.

Betrachtet man diesen Rechten gegenüber die vorhin erwähnten Rechte, das Anfechtungsrecht und das Rücktrittsrecht, und denkt man dabei noch an das Kündigungsrecht und das Aufrechnungsrecht, so läßt sich schon erkennen, daß diese sich unter jene beiden Gruppen der Darf- und Sollrechte nicht einreihen lassen.

Zitelmann hat zuerst das gemeinsame Moment dieser Art von Rechten erkannt und sie unter dem Namen „Rechte des rechtlichen Könnens" oder „Kannrechte" zusammengefaßt. Und zu ihnen gehört auch, wie wir noch sehen werden, das Wiederkaufsrecht.

Der Inhalt eines solchen Rechts des rechtlichen Könnens ist „die einer bestimmten Person (durch Gesetz oder Vertrag) gewährte Möglichkeit, durch eine freie Handlung eine Rechtswirkung herbeizuführen",[6]) oder da für uns nach § 497 nur die Rechte in Betracht kommen, welche durch eine Willenserklärung ausgeübt werden,[7]) die Möglichkeit, durch eine „Willenserklärung" eine Rechtswirkung herbeizuführen.

Zitelmann geht bei der Begründung der von ihm aufgestellten Theorie über die besondere Art der Rechte des rechtlichen Könnens von dem Anfechtungsrechte aus und weist an ihm die besondere Natur derartiger Rechte im obigen Sinne nach. Als sonstige Rechte dieser Art erwähnt er weiterhin, ohne näher auf sie einzugehen, das Recht auf Kompensation, das Recht auf Ehescheidung, das Enteignungsrecht, das Recht zur Kündigung, zur Genehmigung, das Rücktrittsrecht, die Vollmacht zu einem bestimmten Rechtsgeschäft, das Vorkaufsrecht, das Wiederkaufsrecht und das Retraktrecht.[8])

Hellwig[9]) fügt ihnen u. a. noch das Recht des Widerrufs

[5]) Zitelmann a. a. O. Bd. 2 S. 52.

[6]) Zitelmann Bd. 2 S. 43 u. 45.

[7]) vgl. §§ 143 Abs. 1, 349, 388, 497 Satz 1, 505 Satz 1, 609 BGB.

[8]) Zitelmann a. a. O. S. 44.

[9]) Hellwig a. a. O. S. 2.

und das Okkupationsrecht hinzu. Man wird Hellwig beistimmen müssen, wenn er „die klare Erkenntnis dieser Art von Rechten als von größter Bedeutung für die mannigfachsten prozessualen Fragen“ bezeichnet;[10]) dem kann man noch hinzufügen, daß sie auch für viele materiellrechtliche Fragen von ausschlaggebender Bedeutung ist.

c) Es bleibt aber, da Zitelmann das Wiederkaufsrecht nur beispielsweise und ohne nähere Untersuchung seiner Art erwähnt, noch übrig, den Beweis dafür zu erbringen, daß es wirklich seiner rechtlichen Natur nach derartig mit den anderen unter diese Gruppe fallenden Rechten übereinstimmt, daß es notwendigerweise als Recht des rechtlichen Könnens bezeichnet werden muß.

Das Kriterium für die Möglichkeit der Einreihung eines Rechts unter diese Gruppe besteht nach Zitelmann einerseits darin, daß es durch eine Erklärung ausgeübt werden kann, ferner darin, daß lediglich seine Ausübung eine Rechtswirkung herbeiführt, endlich darin, daß es nicht ohne weiteres unter die „Darfrechte“ oder unter die „Sollrechte“ zu rechnen ist.

Daß das Wiederkaufsrecht mit den hier in Betracht gezogenen Rechten des rechtlichen Könnens das gemeinsam hat, daß es durch Abgabe einer Erklärung ausgeübt wird, ist schon erwähnt worden.

Die Rechtswirkung, welche durch Ausübung jener verschiedenen Rechte herbeigeführt wird, ist allerdings verschieden. So bewirkt die Ausübung des Kündigungsrechts beim Darlehen seine Fälligkeit, die Ausübung des Anfechtungsrechts nach § 142 BGB. die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und nach § 29 KO. die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung. Die Ausübung des Rücktrittsrechts bewirkt die Verpflichtung, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§ 346 BGB.), die Ausübung des Aufrechnungsrechts das Erlöschen der gegenseitigen Forderung gemäß § 389 BGB., die Erklärung der Genehmigung (Ausübung des Genehmigungsrechts) bewirkt die Wirksamkeit des ohne Ver-

---

[10]) Hellwig a. a. O. S. 2.

tretungsmacht von einem anderen geschlossenen Vertrags (§ 177 BGB.). Hieraus ist ersichtlich, daß die Mannigfaltigkeit der Rechtswirkungen, die durch Ausübung von Rechten des rechtlichen Könnens hervorgerufen werden, nicht hindert, sie unter einer gemeinsamen Gruppe von Rechten zusammenzufassen. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts bewirkt nach dem Wortlaut des § 497 BGB. das Zustandekommen des Wiederkaufs. Es ist also die Verschiedenartigkeit der Rechtswirkungen kein Hindernis für die Einreihung von Rechten unter die Gruppe der Rechte des rechtlichen Könnens.

Was nun das dritte Kennzeichen der Gruppe des rechtlichen Könnens anlangt, daß sie weder zu den dinglichen noch obligatorischen Rechten gehören, so ist unzweifelhaft, daß das Wiederkaufsrecht nicht zu den dinglichen Rechten zu zählen ist. Dies geht schon aus der Einreihung in das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs hervor und ist auch in der Literatur allgemein anerkannt. Nun wird es zwar gewöhnlich als obligatorisches Recht bezeichnet, aber m. E. nur in der Weise, daß damit nur gesagt wird, daß es kein dingliches Recht ist. Jedenfalls ist sicher, daß wenn man unter obligatorischen Rechten diejenigen versteht, aus denen ein Anspruch gegen den Verpflichteten entspringt (§ 241 BGB.), das Wiederkaufsrecht auch nicht zu den obligatorischen Rechten in diesem Sinne gerechnet werden darf; denn es ist, wie oben dargelegt, nur eine Befugnis. Ein Anspruch, und damit ein Schuldverhältnis, entsteht erst mit seiner Ausübung.[11] Kann also demnach das Wiederkaufsrecht weder zu den absoluten noch zu den obligatorischen Rechten gezählt werden, so steht auch der Einreihung des Wiederkaufsrechts in die Gruppe der Rechte des rechtlichen Könnens nichts mehr entgegen. Auch das Reichsgericht ist gelegentlich in einer Entscheidung dieser Auffassung beigetreten.[12]

---

[11]) vgl. hierzu auch v. Wangenheim a. a. O. S. 73: „Das Wiederkaufsrecht ist kein Forderungsrecht, kein Recht auf eine Handlung von seiten des Verpflichteten".

[12]) ERG. Bd. 56 S. 424. Auch Fantini (a. a. O. S. 54/55) hat die Frage angeschnitten, ohne näher auf sie einzugehen.

Aus der Zitelmannschen Definition der Rechte des rechtlichen Könnens folgt als Definition für das Wiederkaufsrecht:

> das in einem Kaufvertrage dem Verkäufer vorbehaltene Recht, durch Abgabe einer einseitigen Erklärung Rechtswirkungen herbeizuführen, nämlich ein Verpflichtungsverhältnis eigener Art — den Wiederkauf — zustandezubringen.

Lediglich obligatorisch nur unter den Vertragsgenossen wirkend, legt dieses Recht dem Wiederverkäufer die Pflicht auf, dem Wiederkäufer das gekaufte Grundstück herauszugeben (vgl. § 498 BGB.). Nachdem wir seine rechtliche Natur festgestellt haben, können wir uns zunächst einmal der Frage zuwenden, ob diesem Recht Wirkung gegen Dritte beigelegt werden kann.

Zweites Kapitel.

Wie kann dem Wiederkaufsrecht nach Reichsrecht Wirksamkeit gegen Dritte beigelegt werden?

§ 11.

Die persönliche Natur des Wiederkaufsrechts und die Gesichtspunkte, welche für die Verdinglichung persönlicher Rechte in Betracht kommen.

Daß das Wiederkaufsrecht kein dingliches Recht ist, steht nach den oben gemachten Ausführungen fest. Im Falle seiner Ausübung entsteht nur ein persönlicher Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer, gerichtet auf Übertragung des Eigentums. Der Käufer bleibt sowohl vor wie nach Ausübung des Wiederkaufsrechts, solange er im Grundbuch eingetragen ist, in der Lage, vollkommen frei über ein gekauftes Grundstück zu verfügen, insbesondere es zu veräußern oder zu belasten. Von dem Dritten kann der Wiederkaufsberechtigte eine Beseitigung des erworbenen Rechts nicht verlangen, höchstens ist ihm für den krassen Fall, daß die Voraussetzungen des § 826 BGB. vorliegen, ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Dritten gegeben. Der Wiederkäufer hat nach § 499 BGB. immer nur einen persönlichen Anspruch gegen den Käufer, der ihm gegenüber verpflichtet ist, die entstandenen Rechte Dritter zu beseitigen, und im Falle der Unmöglichkeit dieser Verpflichtung nach § 325 event. das Recht, Schadensersatz zu verlangen, bei einem zahlungsunfähigen Käufer ein recht schwacher Schutz.

„Auch der Umstand, daß der dritte Erwerber das obligatorische Recht[1]) des Wiederkaufsberechtigten gekannt hat (sächs.

[1]) Der Ausdruck „obligatorisches Recht" ist für vorliegende Arbeit ungenau.

BGB. § 1134, preuß. ALR. §§ 311 u. 264), gibt dem Berechtigten keinen Anspruch gegen den Dritten, weder einen solchen auf Übergabe des Gegenstandes noch auf Schadensersatz." [2]) Es folgt dies nicht allein aus der obligatorischen Natur des mit der Ausübung des Rechts entstehenden Anspruchs auf übereignung, als vielmehr auch aus dem in § 892 ausgesprochenen Grundsatz über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Nach diesem den heutigen Grundstücksverkehr beherrschenden Prinzip kommt einem Recht an einem Grundstück nur dann Wirksamkeit gegenüber Dritten zu, wenn es im Grundbuch eingetragen ist. Soll also die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dem Wiederkaufs r e ch t irgendwelche Wirkung gegen Dritte beizulegen, so kann nur eine Eintragung des Wiederkaufs r e ch t s in irgendwelcher Form in das Grundbuch in Frage kommen. Damit ist der Wegweiser für unsere weitere Untersuchung gegeben.

§ 12.

Unzuläſſigkeit eines dinglichen Wiederkaufs r e ch t s nach Reichsrecht.

Es liegt zunächst die Frage nahe, ob nicht der Verkäufer mit dem Käufer die Dinglichkeit des Wiederkaufsrechtes vereinbaren und durch Eintragung dieses dinglichen Rechtes im Grundbuche eine Wirksamkeit gegen Dritte herbeiführen kann? Dem steht das im Sachenrecht herrschende Prinzip des numerus clausus entgegen; es ist unzulässig, durch Vereinbarung ein dingliches Recht an einer Sache zu begründen, wenn dieses Recht nicht im Sachenrecht als dingliches Recht Aufnahme gefunden hat. Ein dingliches Vorkaufsrecht ist in § 1094 ausdrücklich als Grundstücksbelastung zugelassen. Für das Wiederkaufsrecht fehlt eine solche Bestimmung. Es ist also unzulässig, „ein Grundstück in der Weise zu belasten, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer gegenüber zum Wiederkauf berechtigt ist.[1]) Ein dahin gehender Antrag auf Eintragung würde

---

[2]) Mot. Bd. 2 S. 339/40.

[1]) vgl. § 1094 und dieselbe Form bei der Zulässigkeit einer Grundstücksbelastung in den §§ 1012, 1018, 1113.

vom Grundbuchamt zurückzuweisen sein.[2]) Dieser Grundsatz ist auch in den Motiven[3]) deutlich zum Ausdruck gelangt, und die 2. Kommission hat die reichsrechtliche Zulassung eines dinglich wirkenden Wiederkaufs r e ch t e s ausdrücklich abgelehnt.[4])

Über die Zulässigkeit eines dinglichen Wiederkaufs r e ch t e s nach Landesrecht wird späterhin noch ausführlich zu sprechen sein.

§ 13.

Unmöglichkeit der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Wiederkaufs r e ch t s.

Von den Möglichkeiten, wie man einem an sich nicht dinglichen Recht, wenn es sich um ein Grundstück handelt, Wirkung gegen Dritte beilegen kann, kommt weiterhin vor allem die Vormerkung in Betracht. So bestritten auch ihre Natur sein mag, so viel geht doch aus dem Wortlaut des § 888 BGB. unmittelbar hervor, daß mit ihr eine Wirksamkeit gegen Dritte erreicht wird. Die Eintragung einer Vormerkung ist nach § 883 Satz 1 BGB. nur möglich „zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts". Für uns kommt hiervon nur der persönliche Anspruch auf Einräumung des Eigentums an einem Grundstück in Betracht. Nach § 883 Satz 2 BGB. ist die Eintragung einer Vormerkung auch „zur Sicherung eines nur künftigen oder bedingten Anspruchs" möglich.

Die Frage lautet also: I s t nun das Wiederkaufs r e ch t ein A n s p r u ch auf Einräumung des Eigentums an einem Grundstück, wenn auch nur ein künftiger oder bedingter, oder ist es kein solcher Anspruch? Weiter gefaßt: E n t s t e h t auf Grund des Wiederkaufsrechtes ein solcher Anspruch, und ist für diesen A n s p r u ch eine Vormerkung zulässig? Man wird bei der schwankenden Auffassung, die über den Ausdruck Wieder k a u f und

---

[2]) Rechtspr. des OLG. Bd. 2 S. 491 u. Bd. 14 S. 70.

[3]) Mot. Bd. 3 S. 452.

[4]) Prot. Bd. 3 S. 766.

Wiederkaufsrecht herrscht, notwendigerweise beide Fragen erörtern müssen.

Hier behandeln wir einstweilen nur die erste, ob das Wiederkaufsrecht ein Anspruch auf Einräumung des Eigentums ist. Ansprüche sind nur die Folgen der Begründung oder Verletzung von Darf- oder Sollrechten, insbesondere von absoluten oder obligatorischen Rechten. Rechte des rechtlichen Könnens aber enthalten nur eine Befugnis, ein Recht auszuüben, nicht ein „Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen", was nach § 194 allein als Anspruch bezeichnet werden kann. Das Wiederkaufsrecht ist also kein Anspruch, auch nicht ein bedingter oder zukünftiger. Dies geht auch schon daraus hervor, daß bei anderen dem Wiederkaufsrecht ähnlichen Rechten des rechtlichen Könnens ein Anspruch vor Ausübung des Rechts nicht besteht. Man denke nur an das Anfechtungsrecht und das Rücktrittsrecht, bei denen allgemein anerkannt ist,[1]) daß ein Anspruch erst mit Ausübung des Rechts entsteht. Ist aber das Wiederkaufsrecht kein Anspruch, dann kann auch das Wiederkaufsrecht als solches nicht durch Vormerkung gesichert werden.[2]) Bei der Beratung durch die 2. Kommission wurde bereits betont, daß eine dingliche Sicherung des dem obligatorisch Wiederkaufsberechtigten zustehenden Anspruchs durch die Eintragung einer Vormerkung möglich sei. Turnau-Förster[3]) meinen, „die knappe Bemerkung in den Protokollen lasse nicht mit Sicherheit erkennen, ob die Mehrheit die Zulässigkeit zur Sicherung des Wiederkaufsrechts oder des durch die Ausübung dieses Rechts entstehenden Anspruchs angenommen habe; in der Literatur sei jene Äußerung fast ausnahmslos im ersteren Sinne aufgefaßt worden". Er weist dabei auf Dernburg, Planck, Biermann, Sekler und andere hin, aber m. E. zu Unrecht. Wenn Biermann[4]) von einer Vormerkung des Wiederkaufs-

---

[1]) vgl. Staudinger Anm. 5d u. e zu § 194 BGB.

[2]) Ders. Meinung Reichel a. a. O. S. 95; Turnau-Förster Anm. 6 vor § 1094; Kretzschmar a. a. O. S. 379; Güthe a. a. O. Bd. 1 S. 512 u. 7; Willenbücher a. a. O. Anm. 6 zu § 1094.

[3]) a. a. O. Vorbem. 6 vor § 1094.

[4]) Biermann a. a. O. S. 133.

rechtes spricht, so ist dies, wie seine übrigen Ausführungen ergeben, lediglich ein Fehler im Ausdruck. Sekler dagegen betont ausdrücklich, „daß es sich nur um eine Vormerkung des durch Ausübung des Wiederkaufsrechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums handelt";[5]) dasselbe sagt auch Dernburg.[6]) Würde der Verkäufer also beim Grundbuchamte beantragen, es solle für ihn

„eine Vormerkung zur Sicherung des in einem Kaufvertrage ihm vorbehaltenen Wiederkaufsrechtes"

eingetragen werden, so würde dieser Antrag gemäß § 883 BGB. abzulehnen sein.

§ 14.

Eintragung eines Veräußerungsverbotes und seine Wirksamkeit gegen Dritte.

Ist hiernach für das Reichsrecht ein Schutz des Wiederkaufsrechtes gegen Dritte weder durch Eintragung eines dinglichen Wiederkaufsrechtes gemäß § 892 Satz 1 noch durch Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Wiederkaufsrechtes gemäß § 883 möglich, so kommt, um eine Wirksamkeit gegen Dritte herbeiführen zu können, nur noch der § 892 Satz 2 in Betracht, nämlich die Eintragung eines Veräußerungsverbotes in Ansehung des Grundstücks zugunsten des Wiederkaufsberechtigten.[1]) Aber auch hier kommt nur das von einem Gericht oder einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassene Veräußerungsverbot des § 136 in Betracht.

a) Durch Rechtsgeschäft kann die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nach § 137 nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Wenn auch allgemein nach § 892 BGB. Verfügungsbeschränkungen durch Eintragung Wirksamkeit gegen Dritte beigelegt werden kann, so bleiben doch dafür, welche Verfügungsbeschränkungen überhaupt eingetragen werden

[5]) Sekler a. a. O. S. 23.

[6]) Dernburg a. a. O. Bd. 2 § 198 VIII.

[1]) Diese Frage ist von Weber a. a. O. S. 22 ff. zum erstenmal angeregt worden.

können, lediglich die Bestimmungen der §§ 135—137 BGB. maßgebend. Da aber durch Rechtsgeschäft eine Dritten gegenüber wirksame Verfügungsbeschränkung nach § 137 nicht begründet werden kann, so kann sie auch nicht eingetragen werden. Das ist unzweifelhaft. Das Kammergericht hat dies mehrfach ausgesprochen, unter anderem in einer Entscheidung aus dem Jahre 1900: „Ein nach dem Gesetz wirkungsloser Vermerk (wirkungslose Verfügungsbeschränkung) darf nicht eingetragen werden".[2])

b) Dagegen kann der Berechtigte ein gerichtliches Veräußerungsverbot herbeiführen, und weil dies nach § 136 zulässig, auch seine Eintragung und damit nach § 892 Satz 2 eine Wirkung gegen Dritte erzielen. Für die Erlangung eines gerichtlichen Veräußerungsverbotes ist es aber erforderlich, daß die Voraussetzungen der §§ 935, 940 ZPO. für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung vorliegen. Ziehen wir in erster Linie den hier hauptsächlich in Frage kommenden § 935 ZPO. in Betracht, so ist die einstweilige Verfügung nur dann zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des „Rechts" einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Es ist allerdings hierbei zu beachten, daß es nicht korrekt wäre, diesen Weg als einen gegen Dritte wirkenden Schutz des Wiederkaufs*rechts* zu betrachten. Denn die Ausübung dieses Rechts des rechtlichen Könnens als die hier definierte Möglichkeit, durch einseitige Erklärungen den Wiederkauf zustande zu bringen, kann gar nicht vereitelt oder erschwert werden. Wenn *Weber* also sagt: „es fragt sich, ob das Wiederkaufs*recht* etwa als Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen werden kann",[3]) so liegt schon in dieser Fragestellung ein logischer Fehler. Vereitelt oder erschwert werden können nur, wie in ähnlicher Weise schon vorhin konstatiert werden mußte, die durch Ausübung des Rechts entstehenden *Ansprüche* des Verkäufers, die ihm gemäß §§ 498 Abs. 1 u. 2 und 499 BGB. zustehen. Diese

---

[2]) KGJ. Bd. 21 S. 133, 136; vgl. auch die Entscheidung im Recht 1901 S. 174 und 1903 Nr. 741.

[3]) *Weber* a. a. O. S. 22.

Ansprüche[4]) sind als das „Recht" aufzufassen, zu dessen Schutz unter den Voraussetzungen des § 935 ZPO. eine einstweilige Verfügung in Betracht zu ziehen ist.

Diese gehen in erster Linie auf Rückübereignung des Grundstücks, also auf eine Individualleistung, und nur in zweiter Linie gemäß § 499 BGB. bei Unmöglichkeit der Leistung auf eine Geldforderung, so daß z. B. bei Verkauf des Grundstücks von seiten des Käufers tatsächlich eine Vereitelung des Rechts des Wiederkaufsberechtigten stattfinden und damit der Fall der einstweiligen Verfügung gegeben sein würde.[5]) Ebenso würde der Erlaß derselben möglich sein, wenn der Käufer das Grundstück devastiert (§ 498 BGB.) oder es mit einer Hypothek belastet. Es läßt sich allerdings hierüber streiten, da auf der anderen Seite der Käufer trotz Einräumung des Wiederkaufsrechts doch in keiner Weise bezüglich der Verfügungsbefugnis gebunden ist und das gekaufte Grundstück nach freiem Belieben belasten und veräußern kann.[6]) Aber es bleibt zu beachten, daß gemäß § 935 ZPO. natürlich die bloße Glaubhaftmachung[7]) einer beabsichtigten Veräußerung oder Belastung des Grundstücks nie zum Erlaß eines Veräußerungs- oder Belastungsverbotes im Wege einer einstweiligen Verfügung (§ 938 ZPO.) genügen wird, sondern es muß auch glaubhaft gemacht werden, daß mit Rücksicht auf die allgemeinen Vermögensverhältnisse des Schuldners auch der eventuelle Anspruch auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Beseitigung des Rechts (§§ 499, 325) vereitelt oder wesentlich erschwert wird. In der Unmöglichkeit, diesen künftigen Anspruch event. im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen zu können, liegt eben dann die Vereitelung der Verwirklichung des Rechts des Wiederkaufsberechtigten. Daraus ergibt sich aber, daß es unmöglich ist, dem Wiederkaufsrecht auf diesem Wege eine Wirksamkeit gegen Dritte

---

[4]) Wenn diese „Ansprüche" in Beziehung auf die Möglichkeit, ihnen Wirksamkeit gegen Dritte beizulegen, schon hier erörtert werden und nicht im 4. Kapitel, so liegt dies daran, daß hierfür eine Definition des Wiederkaufs nicht vorauszugehen braucht.

[5]) Sydow-Busch Anm. 1 zu § 935 ZPO.

[6]) Weber a. a. O. S. 23 läßt diese Schwierigkeiten außer acht.

[7]) §§ 936 u. 920 ZPO.

beizulegen, wenn der Käufer in guten Vermögensverhältnissen ist,[8]) da dann eine einstweilige Verfügung nach dem Ausgeführten unzulässig ist.

Der hier gewiesene Weg ist daher nur ein relatives Schutzmittel gegen Einwirkungen Dritter und nur unter bestimmten konkreten Umständen gangbar.

Im übrigen wird die hierdurch gewährte Sicherung noch dadurch geringer, daß sie, wie Weber hervorhebt, gemäß § 13 KO. im Konkurse versagt,[9]) da nach § 13 KO. ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art den Konkursgläubiger gegenüber unwirksam ist.

Tatsächlich wird die Eintragung eines Veräußerungsverbotes im Wege der einstweiligen Verfügung überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn es dem Verkäufer aus wirtschaftlichen Gründen im Augenblick unmöglich ist, das Wiederkaufsrecht auszuüben. Denn an sich steht ihm, wie wir noch sehen werden, bei Ausübung des Rechts durch Beantragung einer Vormerkung zur Sicherung des damit entstandenen Anspruchs auf Übertragung des Eigentums ein besseres Schutzmittel zur Verfügung.

---

[8]) Auch dies übersieht Weber S. 24.

[9]) vgl. Weber S. 24.

Drittes Kapitel.

Wie kann dem Wiederkaufsrecht in Ansehung von Rentengütern Wirkung gegen Dritte beigelegt werden?

§ 15.

Gründe für die Ausgestaltung einer besonderen Rentengutsgesetzgebung und der Zweck dieser Gesetze.

Während also nach Reichsrecht als Mittel, wie einem Wiederkaufsrecht als solchem Wirksamkeit gegen Dritte beigelegt werden kann, genau genommen nicht einmal die Eintragung eines Veräußerungsverbotes in Betracht kommt, gestaltet sich die Rechtslage bei dem landesgesetzlichen Wiederkaufsrecht in Ansehung von Rentengütern wesentlich anders. Denn Art. 62 EG. z. BGB. bestimmt: Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Rentengüter.

Die Rentengutsgesetzgebung ist eine lediglich preußische Errungenschaft. Man hatte allmählich erkannt, daß die Stein-Hardenbergschen Reformen neben ihren Vorteilen auch Nachteile für den Bauernstand im Gefolge hatten, so vor allem den unbeschränkten Grundstückskredit und die Überschuldung des Grundbesitzes. Durch das Edikt v. 9. 10. 1807 betr. den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigentums war auch die Seßhaftigkeit des Bauernstandes mehr und mehr geschwunden. Der bäuerliche Grundbesitz hatte sich im Laufe der Zeit allmählich in den Händen der Großgrundbesitzer vereinigt, und es war infolge des Bauernmangels und der stetig steigenden Auswanderung besonders im Osten des preußischen Staates eine drückende Arbeiternot entstanden. Hierzu kam noch in jenen Gegenden das gänzliche Fehlen eines mittleren Bauernstandes, des Bindegliedes zwischen ländlichen Arbeitern und Latifundien-

besitzern, und das bedrohliche Umsichgreifen des polnischen Elements.[1]) Diese wirtschaftlichen und sozialen Fragen drängten immer mehr einer Lösung entgegen. Man erkannte deutlich die Schäden der Stein-Hardenbergschen Reform, hauptsächlich der Aufhebung der Erbpacht, und sah ein, daß eine besondere Agrargesetzgebung zweckmäßig wäre.[2])

Insbesondere der bekannte Nationalökonom Rodbertus[3]) stellte es als Aufgabe der Agrargesetzgebung hin, einerseits die ländlichen Tagelöhner an die Scholle zu fesseln, andererseits der Verschuldung dadurch zu steuern, daß man an Stelle der Hypotheken feste Renten einführte. Der Verwirklichung dieses Zweckes diente die Rentengutsgesetzgebung. Sie kam in Fluß, als sich in den preußischen Provinzen Posen und Westpreußen das dringende Bedürfnis herausstellte, den Kampf mit dem Polentum durch Ansiedlung eines deutschen Bauernstandes aufzunehmen. Dadurch entstand das erste Rentengutsgesetz in Gestalt des Ansiedlungsgesetzes betr. die Förderung deutscher Ansiedlung in den Provinzen Westpreußen und Posen v. 26. 4. 1886. Sein Zweck war aber in erster Linie darauf gerichtet, neue deutsche Bauernstellen im Osten zu schaffen. Weitere und größere Pläne lagen dem Gesetz über Rentengüter v. 27. 6. 1890 und dem Gesetz betr. die Beförderung der Errichtung von Rentengütern v. 7. 7. 1891 zugrunde. Neben den schon im Jahre 1886 ausgesprochenen Zwecken, selbständige Bauernstellen zu schaffen, ging ihre Absicht dahin, die Arbeiternot zu beseitigen und den Arbeiterstand seßhaft zu machen sowie die ausgedehnten unkultivierten Hochmoore zu kolonisieren. Während das Gesetz von 1890 noch den großen Fortschritt brachte, daß die Zulässigkeit der Rentengüter für die ganze preußische Monarchie eingeführt wurde, enthielt das Gesetz v. 7. 7. 1891 lediglich eine Novelle zum Gesetz von 1890, indem

---

[1]) vgl. für die Entstehungsgeschichte der Rentengutsgesetzgebung Waldhecker a. a. O. § 6 S. 2—30; Sombart a. a. O. S. 1093—1120; Mahraun a. a. O. in den Anmerkungen zu S. 1—48; Crusen-Müller a. a. O. S. 172 § 1 I, 2; Peltasohn a. a. O. S. 1—16.

[2]) Meyn a. a. O. S. 8.

[3]) Rodbertus-Jagetzow, Zur Erklärung und Abhilfe der heutigen Kreditnot des Grundbesitzes 2. Aufl., herausgegeben von Rudolf Meyer, Berlin 1893.

zur Schaffung von Rentengütern die Vermittlung der staatlichen Rentenbanken, welche bisher anderen Zwecken dienten, und der Generalkommission herangezogen wurde. Auch das Anerbengesetz (Gesetz betr. das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedlungsgütern) v. 8. 6. 1896 ist zur Rentengutsgesetzgebung zu rechnen. Sein Zweck bestand vornehmlich darin, die einmal geschaffenen Bauerngüter möglichst der Familie des Erwerbers zu erhalten und vor einer Zersplitterung durch Erbgang zu bewahren. Im wesentlichen war damit die Rentengutsgesetzgebung zum Abschluß gekommen, denn die Gesetze v. 20. 4. 1898 und v. 12. 7. 1900 sind lediglich Novellen zu den früheren. Für das Wiederkaufsrecht kommen hauptsächlich die Gesetze von 1886 und 1890 in Frage.

§ 16.

Notwendigkeit der Einführung eines dinglichen Wiederkaufsrechts bei Rentengütern.

Durch die Rentengutsgesetzgebung war schon viel erreicht: Eine große Zahl neuer Bauernstellen war errichtet, durch die Besiedelung des Ostens mit deutschen Bauern war ein Vorstoß gegen das Polentum geführt, dem Arbeitermangel war gesteuert worden. Aber damit allein war dem Staat und der Landwirtschaft noch nicht geholfen. Denn was hinderte die eben angesiedelten Bauern, ihr ihnen mit Staatshilfe überlassenes Gut wieder in polnische Hände zurückzuverkaufen, es herunterzuwirtschaften oder auszuwandern und die Bestellung unfähigen Leuten zu überlassen? Hiergegen mußte das dingliche Wiederkaufsrecht eingreifen, ohne welches die Rentengutsgesetzgebung ihren Zweck kaum erreicht hätte. Man hatte schon bei der Beratung des 2. Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch die reichsrechtliche Einführung eines dinglichen Wiederkaufsrechts erwogen, auch an die Form der jetzt nach § 925 Abs. 2 unmöglichen „Auflassung unter einer auflösenden Bedingung" gedacht.[1]) Die diesbezüglichen Anträge wurden jedoch schließlich sämtlich abgelehnt, weil damit eine zu erhebliche Kreditbeschränkung verbunden war, da kaum jemand weitere Hypotheken-

[1]) vgl. Schneider a. a. O. S. 385.

gelder mit Rücksicht auf die eventuelle Unwirksamkeit der bestellten Hypothek (vgl. Art. 25 § 5 Abs. 2 AG. z. BGB. und § 883 Abs. 2 BGB.) gegeben haben würde. Auch war in Erwägung gezogen worden, daß die freie Erwerbsmöglichkeit und die Spekulation[2]) beschränkt sein würde, wenn der Wiederkäufer jede Hoffnung des Käufers, das Grundstück einmal günstig zu verkaufen, durch Ausübung seines Wiederkaufsrechts, bei dem der alte Kaufpreis maßgebend war, zunichte machen konnte.

Da man aber erkannte, daß zur Erreichung der Zwecke der Rentengutsgesetzgebung die Einführung eines dinglichen Wiederkaufsrechtes unbedingt nötig sei,[3]) behielt man die Befugnis, ein dingliches Wiederkaufsrecht zu schaffen, in Art. 62 EG. z. BGB. der Landesgesetzgebung vor. Preußen hat hiervon naturgemäß Gebrauch gemacht und in Art. 29 § 1 AG. z. BGB. bestimmt: „Ein Grundstück, welches gegen Übernahme einer festen Geldrente zu Eigentum übertragen ist (Rentengut), kann zugunsten des Veräußerers in der Weise belastet werden, daß dieser dem Eigentümer gegenüber zum Wiederkaufe berechtigt ist. Das Wiederkaufsrecht kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks des Veräußerers bestellt werden". Und in § 3: „Das Wiederkaufsrecht beschränkt sich auf die Fälle, daß der Eigentümer das Rentengut verkauft oder sich durch einen sonstigen Vertrag zur Übertragung des Eigentums verpflichtet, oder daß das Rentengut im Wege der Zwangsversteigerung veräußert wird; es kann auch für die Fälle bestellt werden, daß der Eigentümer stirbt oder eine im Rentengutsvertrage festgesetzte Verpflichtung nicht erfüllt". Das Wiederkaufsrecht hat also, wie aus dem Wortlaut des § 3 ersichtlich, eine dem Zweck der Rentengutsgesetzgebung entsprechende Umgestaltung erfahren. Wie erwähnt, sollte insbesondere vermieden werden, daß das Gut wieder in polnische Hände zurückfallen solle oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Gutes aufgehoben oder sein Kulturzustand verschlechtert werde. So bestimmt § 6 des Gesetzes v. 26. 4. 1886 (ähnlich § 4 des Gesetzes v. 27. 6. 1890): „Ist dem

---

[2]) Die Notwendigkeit der Spekulation bei städtischem Terrain in Ulm vgl. Döllinger a. a. O. S. 129ff.

[3]) Mot. Bd. 3 S. 451.

Erwerber eines Rentenguts vertragsmäßig die Pflicht auferlegt, die wirtschaftliche Selbständigkeit der übernommenen Stelle durch Erhaltung des baulichen Zustandes darauf befindlicher oder darauf zu errichtender Gebäude, durch Erhaltung eines bestimmten landwirtschaftlichen Inventars auf derselben oder durch andere Leistungen dauernd zu sichern, so kann der Verpflichtete durch richterliche Entscheidung der Auseinandersetzungsbehörde von seiner Verpflichtung befreit werden, wenn der Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Stelle überwiegende gemeinwirtschaftliche Interessen entgegenstehen". Der Zweck der Gesetzgebung und der Erfüllung der hier vorgesehenen vertraglichen Verpflichtungen kann tatsächlich nur durch Eintragung eines dinglichen Wiederkaufsrechts für den Fall, daß er diese Verpflichtungen verletzt, erreicht werden. Die Einführung desselben bei Rentengütern bildet somit in Wirklichkeit erst die Vollendung der Rentengutsgesetzgebung.[4])

Seinem Zwecke und seiner Natur nach ähnelt es mehr einem Vorkaufsrecht als einem Wiederkaufsrecht, besonders wenn man den Wortlaut des Abs. 1 des § 3 Art. 29 in Betracht zieht. Überhaupt ist der Wortlaut des Art. 29 AG. z. BGB. fast vollkommen dem der §§ 1094—1104 BGB. entlehnt. (Vgl. Art. 29 § 1 mit § 1094, § 2 mit § 1095, § 4 mit § 1096, § 5 mit § 1098 usw.) Dadurch, daß es mehr einem Vorkaufsrecht ähnelt und bei Rentengütern von einem Kaufpreis überhaupt nicht die Rede ist, fällt auch das oben gegen die Einführung eines dinglichen Wiederkaufsrechts geltend gemachte Bedenken fort, daß der freie Wettbewerb allzusehr beschränkt werden könnte.[5])

§ 17.

Die rechtliche Natur eines eingetragenen dinglichen Wiederkaufsrechts in Ansehung von Rentengütern und seine Wirksamkeit gegen Dritte.

Daß ein dingliches Wiederkaufsrecht an einem Rentengute bestellt werden kann, unterliegt keinem Zweifel. (Nach Art. 29

---

[4]) Vor 1900 war ein dingliches Wiederkaufsrecht durch § 11 des Eigentumserwerbsgesetzes v. 25. 5. 1872 gegeben.

[5]) vgl. ERG. Bd. 67 S. 47 bezüglich des Vorkaufsrechts.

§ 1 AG. z. BGB. und Art. 62 EG. z. BGB.) Fraglich ist nur, wie man sich seine rechtliche Natur zu denken hat. Diese Frage ist zunächst zu erörtern, ehe wir dazu übergehen können, welche Wirkung dieses dingliche Wiederkaufsrecht gegenüber Dritten hat. Nach § 497 BGB. ist das obligatorische Wiederkaufsrecht das Recht, den Wiederkauf zustande zu bringen.[1]) Eine „Belastung eines Grundstücks" mit einem „Recht, einen Wiederkauf zustande zu bringen", d. h. ein obligatorisches Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer zu begründen, ist aber juristisch undenkbar; ebenso wie es undenkbar ist, ein Grundstück mit einem anderen Recht des rechtlichen Könnens, etwa einem zwischen Verkäufer und Käufer vereinbarten obligatorisch wirkenden Rücktrittsrechts zu „belasten". Wie wir sehen werden, handelt es sich auch hier tatsächlich nicht um eine Belastung in dem sonst vom Gesetz gebrauchten Sinne. Wo das Bürgerliche Gesetzbuch von „Belastungen eines Grundstücks mit einem Rechte" handelt, tritt der Berechtigte überall in ein direktes Herrschaftsverhältnis, in direkte Beziehung zum Grundstück: Die Reallast ist ihm „aus dem Grundstück" zu entrichten (§ 1105), die Hypothekenforderung „aus dem Grundstück" zu zahlen (§ 1113 BGB.), bei einer Grunddienstbarkeit darf er „das Grundstück" in gewisser Weise benutzen (§ 1018 BGB.), bei dem Erbbaurecht „auf dem Grundstück" ein Bauwerk errichten (§ 1012 BGB.). Die Person desjenigen, der ihm das Recht bestellt hat, und des späteren Eigentümers bleibt dabei gleichgültig. Typisch ist eine direkte Beziehung des Berechtigten zu dem Grundstück und daher auch der Ausdruck „Recht am Grundstück". Anders hier beim landesgesetzlichen dinglichen Wiederkaufsrecht, ebenso auch beim Vorkaufsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hier bleibt die Beziehung des Berechtigten zu dem obligatorisch Verpflichteten bestehen; im Vordergrund bleibt die Beziehung von Person zu Person. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dies in § 1098 Abs. 1, das preuß. Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Art. 29 § 5 Abs. 1 anerkannt, indem es den Grundsatz aufstellt, daß das Verhältnis zwischen Berechtigten und Verpflichteten genau dasselbe bleibt wie beim obligatorischen Wiederkaufsrecht.

---

[1]) vgl. die Definition auf S. 21 und ERG. Bd. 56 S. 424.

Damit glaube ich dargetan zu haben, daß unsere Theorie über das Wiederkaufsrecht auch mit der Natur des dinglichen Wiederkaufsrechts im Einklang steht. Ja sie vermag m. E. nur allein das dingliche Wiederkaufsrecht zu erklären. Die Besonderheit des dinglichen Wiederkaufsrechts besteht nämlich darin, daß der Wiederkaufsberechtigte dem „jeweiligen Eigentümer" (Art. 29 § 1 AG.) — also nicht nur dem Käufer — gegenüber zum Wiederkauf berechtigt ist (§ 497 BGB.). Es liegt also hier ein Recht des rechtlichen Könnens vor, welches im Falle seiner Ausübung ein einem Kaufe gleichendes Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem jedesmaligen „Eigentümer" begründet.[2]) Man könnte sagen: Der an sich persönliche Anspruch gegen den Käufer wird auf das Grundstück radiziert.[3]) Wie man unter Zugrundelegung der anderen Theorien diese Besonderheit des dinglichen Wiederkaufsrechts erklären will, ist nicht erfindlich. Insbesondere scheitert an dieser Unmöglichkeit die Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufs, da ja nach ihr der Rückkaufsvertrag zwischen Käufer und Verkäufer schon geschlossen ist. Wie soll dieses obligatorische perfekte Rechtsverhältnis aber plötzlich Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer erlangen?

§ 18.

Die Wirksamkeit dieses dinglichen Wiederkaufsrechts gegen Dritte.

Ist das dingliche Wiederkaufsrecht nun zwar auch keine eigentliche Belastung des Grundstücks,[1]) so hat es doch eine gewisse dingliche Wirkung. „Dritten gegenüber hat es nach Art. 29 § 5 Abs. 2 die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechts entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums." Gerade hieraus ist, wie schon oben angedeutet, ersichtlich, daß nicht das Wiederkaufsrecht ver-

[2]) vgl. die Definition des obligatorischen Wiederkaufsrechts auf S. 21 der Arbeit.

[3]) So Sekler S. 128 bezüglich des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs.

[1]) Das RG. äußert sich allerdings gelegentlich dahin, daß das dingliche Vorkaufsrecht ein Recht an der Sache sei, Bd. 67 S. 45.

dinglicht wird; vielmehr wird dem entstehenden Anspruch auf Übertragung des Eigentums eine dingliche Natur beigelegt.[2]) Der entstehende Anspruch kann nicht nur gegen den Käufer, sondern auch gegen jeden Dritten durchgesetzt werden. Hinsichtlich dieses Anspruchs kann man auch von einer dinglichen Belastung des Grundstücks reden. Der Anspruch ist hier nur nicht ein Anspruch auf Leistung „aus" dem Grundstück, sondern ein Anspruch „auf" das Grundstück, d. h. das Grundstück selbst soll geleistet werden. Wir haben es hiernach mit einer eigentümlichen dinglichen Gestaltung zu tun, die sich mit den übrigen dinglichen Belastungen von Grundstücken nicht identifizieren läßt. Auch dies ist nichts Absonderliches, da dieselbe Beobachtung auch von Sekler,[3]) hinsichtlich der Natur der Vormerkung, gemacht worden ist. Es hat auch etwas Verlockendes an sich, ebenso wie die Vormerkung auch das dingliche Wiederkaufsrecht als ein eigenartiges akzessorisches Recht (der akzessorischen Natur der Hypothek vergleichbar) zu konstruieren, das die Befriedigung des auf Grund des persönlichen Wiederkaufsrechts entstehenden Anspruchs aus dem belasteten Gegenstand gewährleistet.[4])

Doch muß die Richtigkeit einer solchen Definition dahingestellt bleiben. Es genügt für die vorliegende Frage, daß folgendes Resultat erwiesen ist:

1. Das dingliche Wiederkaufsrecht ist keine Belastung des Grundstücks.
2. Die hier vertretene Theorie über das Wesen des obligatorischen Wiederkaufsrechts erklärt auch das sogen. dingliche Wiederkaufsrecht.
3. Diesem dinglichen Wiederkaufsrecht kommt nur hinsichtlich des aus ihm entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums Wirksamkeit gegen Dritte zu.

---

[2]) Zuweit geht aber m. E. Reichel, indem er sagt: „Auch nur in der Form der Vormerkung eines Auflassungsanspruchs dürfe das Wiederkaufsrecht des Art. 29 AG. z. BGB. eingetragen werden". Reichel a. a. O. S. 95.

[3]) a. a. O. S. 124.

[4]) Genau so die Seklersche Definition der Vormerkung a. a. O. S. 124.

Im Grundbuch kann demnach bei Rentengütern ein Vermerk folgenden Inhalts eingetragen werden:

„Ein Wiederkaufsrecht für X unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung v. 1. 2. 1905 eingetragen am 5. 2. 1905“.[5])

§ 19.

Möglichkeit einer Vormerkung zur Sicherung eines noch nicht eingetragenen, aber schon vereinbarten dinglichen Wiederkaufsrechts.

Ist die nach § 873 erforderliche „Einigung“ über die sogen. Belastung des Rentengutes mit dem Wiederkaufsrecht und die Eintragung ins Grundbuch noch nicht erfolgt, sondern hat sich der Rentengutsnehmer bisher nur im Kaufvertrage zur Bestellung eines sogen. dinglichen Wiederkaufsrechts obligatorisch verpflichtet, so kann doch nach § 883 eine Vormerkung zur Sicherung des persönlichen Anspruchs auf Einräumung des dinglichen Wiederkaufsrechts eingetragen werden. Hierbei wird aber nicht „der Anspruch auf Übertragung des Eigentums“ vorgemerkt, sondern tatsächlich ein Anspruch „auf Einräumung des Wiederkaufsrechts“ vorgemerkt. Die Eintragung muß daher lauten:

„Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Wiederkaufsrechts nach Inhalt des Kaufvertrags v. 1. 1. 1905 unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung v. 1. 2. 1906 für den X eingetragen am 5. 2. 1906“.[1])

Wir können die Rentengutsgesetzgebung nicht verlassen, ohne ein entstehendes, schwerwiegendes Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs nach Übertragung des Eigentums beseitigt zu haben.

Ist bei einem Rentengutsverkauf die Eintragung eines dinglichen Wiederverkaufsrechts unterlassen und nur ein persönliches Wiederkaufsrechts zugunsten des Verkäufers vereinbart worden,

---

[5]) And. M. bezüglich der Form der Eintragung Reichel a. a. O. S. 95; Fischer, Komm. z. GBO. (Guttentagsche Sammlung) S. 206.

[1]) vgl. Fantini S. 57.

so stehen hiernach den Parteien allerdings zwei Wege offen, um diesem nur persönlichen Wiederkaufsrecht Wirkung gegen Dritte beizulegen, nämlich die Verdinglichung des Wiederkaufsrechtes durch Belastung des Grundstücks mit einem Wiederkaufsrecht und Eintragung desselben oder die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des persönlichen Wiederkaufsrechts entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums. Dabei ergibt sich das merkwürdige Resultat, daß die Wirkungen beider Arten von Eintragungen Dritten gegenüber genau dieselben sind. Denn Art. 29 § 5 Abs. 2 AG. z. BGB. bestimmt: „Dritten gegenüber hat das Wiederkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechts entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums". Es fragt sich, ob beide Institute wirklich in ihren Wirkungen in jeder Beziehung gleich sind. Die Bejahung der Frage würde allerdings schwere Bedenken gegen die Richtigkeit unserer Auffassung aufsteigen lassen, da nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber zwei verschiedenartige Rechtsinstitute einführt, mit denen lediglich die gleichen Wirkungen verknüpft sind.

Turnau-Förster haben bezüglich des Vorkaufsrechts die Möglichkeit der Eintragung einer Vormerkung für den bei Ausübung enstehenden Anspruch auf Übertragung des Eigentums aus diesem Grund abgelehnt, indem sie hervorhoben, daß das dingliche Vorkaufsrecht nach § 1098 Abs. 2 die Wirkung einer Vormerkung habe.[2]) Habe es aber lediglich diese Wirkung, so sei das ganze Institut des dinglichen Vorkaufsrechts überflüssig, wenn man die erwähnte Vormerkung zulasse.

Diese für das Vorkaufsrecht erhobenen Bedenken würden nach den obigen Ausführungen auch für das Wiederkaufsrecht zutreffen. Aber sie leiden m. E. an zwei Fehlern. Einmal bestimmen sowohl § 1098 Abs. 2 BGB. wie Art. 29 § 5 AG. z. BGB. nur, daß das eingetragene dingliche Recht Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung hat. Zum anderen folgt daraus ex contrario, daß in allen anderen Beziehungen die beiden Institute des dinglichen Wiederkaufsrechts und der Vormerkung

---

[2]) Turnau-Förster Bd. 1 Vorbem. 6 zu § 1094.

des erwähnten Anspruchs durchaus nicht gleichartig zu sein brauchen. Und sie werden es tatsächlich auch oft nicht sein. Denn das dingliche Wiederkaufsrecht hat einen ganz bestimmten, in § 3 Art. 29 AG. z. BGB. ausgesprochenen Inhalt; ein irgendwie anders gestaltetes dingliches Wiederkaufsrecht kann wegen der zwingenden Natur der sachenrechtlichen Vorschriften nicht vereinbart werden. Es werden Fälle vorkommen, in denen das in Art. 29 § 3 AG. z. BGB. aufgestellte, auf bestimmte Fälle beschränkte dingliche Wiederkaufsrecht den Bedürfnissen des Verkehrs nicht genügt. Hier muß das persönliche Wiederkaufsrecht eingreifen, das von den Parteien beliebig ausgestaltet werden und insbesondere von den Beschränkungen des angeführten Art. 29 befreit werden kann. Nur für ein so gestaltetes persönliches Wiederkaufsrecht kann die Sicherung im Wege der Vormerkung zu einem wirtschaftlichen Bedürfnis werden. Daher haben die beiden Institute des dinglichen Wiederkaufsrechts und der Vormerkung des aus dem persönlichen Wiederkaufsrecht entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums nicht nur ihre Berechtigung nebeneinander, sondern sie sind sogar beide notwendig.

Das Reichsgericht hat dies in Bd. 67 S. 48 bezüglich des dinglichen Vorkaufsrechts anerkannt. Damit erledigen sich auch sämtliche Bedenken, die Kretzschmar und Turnau-Förster, wie oben erwähnt, bezüglich der Zulässigkeit einer Vormerkung angeführt haben.

Viertes Kapitel.

Kann dem auf Grund des Wiederkaufsrechts entstehenden „Anspruch“ auf Übertragung des Eigentums Wirksamkeit gegen Dritte beigelegt werden?

§ 20.

Die rechtliche Natur des Wiederkaufs im Bürgerlichen Gesetzbuch entwickelt aus der hier aufgestellten Theorie über das Wiederkaufsrecht.

Wenn wir von der Rentengutsgesetzgebung nunmehr wieder zum Bürgerlichen Gesetzbuch zurückkehren, so ist es für die weitere Frage, ob der durch Ausübung eines Rechts entstehende Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück durch eine Vormerkung sichergestellt werden kann, nötig, vorweg das Wesen des zustande kommenden Wiederkaufs zu erörtern. Bisher hatten wir nur das Wesen des Wiederkaufsrechts behandelt.

Es ist bereits hervorgehoben, daß es natürlicher ist und dem Wortlaut des § 497 mehr entspricht, wenn man aus dem Wesen des Wiederkaufsrechts den Wiederkauf erklärt, als daß man umgekehrt von dem Wesen des Wiederkaufs ausgeht, wie dies bisher gewöhnlich geschehen ist.

Wir hatten das Wiederkaufsrecht definiert als das in einem Kaufvertrage dem Verkäufer vorbehaltene Recht, durch Abgabe der Erklärung, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, den Wiederkauf zustande zu bringen.[1] Daraus folgt mit Notwendigkeit als Definition des Wiederkaufs, daß dieser ein Kauf ist, welcher durch einseitige Willenserklärung des Verkäufers zustande kommt.

---

[1]) vgl. die genauere Definition auf S. 21 der Arbeit.

4*

Diese Definition hat den Wortlaut des Gesetzes für sich. Damit kommen wir auf den Standpunkt Cosacks hinaus, welcher sagt: „Der Wiederkauf ist kein eigentlicher Kauf; er ist eine einseitige Rechtshandlung des Verkäufers“.[2]) Auf demselben Standpunkt wie Cosack steht nur noch Windscheid-Kipp.[3]) Er sagt: „Diese einseitig wirksame Erklärung schafft, indem sie ihre Kraft dem vereinbarten Vorbehalt entnimmt, ein Verpflichtungsverhältnis der Parteien, welches nach Analogie des Kaufverhältnisses zu beurteilen ist, soweit nicht besondere Sätze des Wiederkaufs bestehen oder Erwägungen der eigentümlichen Natur des Verhältnisses andere Folgerungen begründen“. Neuerdings haben sich ihr Burdorff, Schreiner und Crome[4]) angeschlossen, freilich ohne nähere Begründung. Nur gelegentlich äußert sich in diesem Sinne Raschig.[5]) Daß die Theorie in der Literatur so wenig Anhänger gefunden hat, ist nur allzu leicht erklärlich. Man pflegt sie kurzerhand damit abzutun, daß eine einseitige Erklärung niemals einen Kaufvertrag begründen oder die in § 497 bestimmten beiderseitigen kaufähnlichen Verpflichtungen zur Folge haben kann. Die Theorie wird auch m. E. in der Tat erst verständlich, wenn man, wie hier, von dem Wesen des Wiederkaufsrechts ausgeht. Zum Beweise dafür, daß sie mit der Systematik des Gesetzes in vollem Einklange steht, und daß die Tatsache der Begründung nicht bloß einseitiger, sondern gegenseitiger Verpflichtungen durch eine einseitige Erklärung dem Gesetz durchaus nicht fremd ist, bieten uns andere Rechte des rechtlichen Könnens Beispiele genug. Es ist schon hervorgehoben worden, daß durch die einseitige Erklärung des Rücktritts „das bestehende Schuldverhältnis wieder aufgehoben und ein neues Schuldverhältnis entsteht, welches beide Teile zu Leistungen, nämlich zur Rückgewähr des Empfangenen verpflichtet“.[6]) Die einseitige Erklärung der

[2]) Cosack a. a. O. S. 452 V.

[3]) Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. 2 § 388 S. 600 Nr. 2; desgl. Crome a. a. O. S. 491.

[4]) Burdorff a. a. O. S. 44; Schreiner a. a. O. S. 47; Crome a. a. O. S. 488.

[5]) Raschig a. a. O. S. 28.

[6]) So Enneccerus-Lehmann Bd. 1 § 187 II; vgl. ERG. Bd. 50 S. 266.

Anfechtung im Konkurse bewirkt die Unwirksamkeit eines angefochtenen Vertrages (§§ 29 u. 31 Nr. 2 KO.) und die Verpflichtung des Anfechtungsgegners zur Rückgewährung des Empfangenen (§ 37 KO). Durch die Ausübung des Rechts zur Genehmigung bezw. durch Erklärung der Genehmigung wird die „Wirksamkeit eines Vertrages" herbeigeführt, der bis dahin unwirksam war, und erst dadurch eine beiderseitige Verpflichtung herbeigeführt. Es kann daher nicht befremdlich erscheinen, und es steht mit der Systematik des Gesetzes durchaus im Einklange, wenn wir oben konstatiert haben, daß die einseitige Erklärung des Wiederkaufsrechts, da es ebenfalls ein Recht des rechtlichen Könnens ist, gleichfalls beiderseitige Verpflichtungen hervorruft, wie sie gewöhnlich nur durch Verträge begründet werden,[7] und daß die Ausübung des Wiederkaufsrechts ein Verpflichtungsverhältnis, den sogen. Wiederkauf, zustande bringt. Der Wiederkauf ist — es muß hervorgehoben werden — kein eigentlicher Vertrag, aber es entstehen durch die Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht bloß einseitige, sondern gegenseitige Pflichten. Wie nicht jeder Vertrag gegenseitige Pflichten erzeugt, so haben wir hier das Umgekehrte, daß eine einseitige Erklärung gegenseitige Pflichten nicht bloß für den Erklärenden, sondern auch für den Empfänger schafft. Es ist auch noch darauf hinzuweisen, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch in § 305 vorgesehen, daß ein Schuldverhältnis auch durch ein einseitiges Rechtsgeschäft entstehen kann, wo das Gesetz dies, wie hier in § 497, gestattet.[8] Die Richtigkeit der hier begründeten und mit Cosack übereinstimmenden Theorie über den Wiederkauf glaube ich hinreichend nachgewiesen zu haben. Sie steht in allen Punkten mit der Systematik des Gesetzes im Einklang und hat auch noch den Vorteil der Einfachheit für sich. Denn sie ist an sich nichts weiter als ein logischer Schluß aus der Definition des Wiederkaufsrechtes.

---

[7] vgl. § 177: Das „Wirksamwerden" eines Vertrages durch Genehmigung.

[8] Hierauf hat Schreiner a. a. O. S. 51 hingewiesen.

§ 21.

Berechtigung der Theorie und ihre Übereinstimmung mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Während sogar von der herrschenden Theorie des suspensiv bedingten Kaufs nur anerkannt wird, daß sie von allen mit den gesetzlichen Bestimmungen noch am besten in Einklang steht, wird man hier, nachdem die Bedenken bezüglich eines auf einseitiger Erklärung beruhenden Kaufes beseitigt sind, anerkennen müssen, daß sie sich den gesetzlichen Vorschriften der §§ 497 ff. in vollem Umfange anpaßt. Die anderen Theorien anhaftenden Mängel finden sich hier nicht.

Der in § 497 Satz 2 ausgesprochene Grundsatz der Formfreiheit rechtfertigt sich einmal durch die rein äußerliche Argumentation, daß es sich lediglich um Abgabe einer einseitigen Erklärung, nicht um einen eventl. der Form des § 313 unterliegenden Vertrag handelt, andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, daß den Parteien schon in dem ersten Vertragsschluß ein ausreichendes Schutzmittel gegen Übereilung u. dgl. gegeben ist. Der hiergegen mögliche Einwand, daß das Gesetz für den Wiederkauf an sich die Form des § 313 bei Grundstücken für erforderlich gehalten und in § 497 Satz 2 eine Ausnahmebestimmung hiervon habe schaffen wollen, ist nicht zutreffend. Näher liegt es, anzunehmen, daß das Gesetz, da es die Konstruktion des Wiederkaufs offen ließ, Zweifel in dieser praktisch außerordentlich bedeutsamen Frage hat beseitigen wollen.

Die in § 503 vorgesehene Ausschlußfrist wäre unnötig gewesen, wenn die Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufs zutreffend wäre, da dann schon ein der „Verjährung" unterliegender Anspruch gegeben war. Nach unserer Theorie besteht vor Ausübung der Erklärung noch kein Anspruch. Daher war die Ausschlußfrist nötig.

Sie rechtfertigt auch die Bestimmung des § 498 Abs. 2 Satz 2 betreffend die Tragung der Gefahr, die der Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufs entgegensteht.

Auch das Reichsgericht[1] hat bezüglich des Vorkaufsrechts angenommen, daß ein Anspruch (wenn auch ein bedingter) schon mit Abschluß des Vertrages entsteht, in dem das Vorkaufsrecht eingeräumt wird. Es hat aber hier m. E. den § 1098 Abs. 1, 2 übersehen, welcher mit klaren Worten von einem „erst durch Ausübung des Vorkaufsrechts entstehenden Anspruch" spricht. Wenigstens hat diese Entscheidung unterlassen, die aus § 1098 unbedingt folgende Ansicht zu widerlegen, daß ein Anspruch erst mit Abgabe der Vorkaufserklärung, also mit Zustandekommen des Vorkaufs entsteht, nicht schon mit Abschluß des Vertrages, durch den das Vorkaufsrecht vorbehalten wird. Wegen der Gleichartigkeit des Wiederkaufsrechts und des Vorkaufsrechts muß mit Rücksicht auf § 1098 Abs. 2 die hier vertretene Ansicht auch gegenüber der erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts festgehalten werden.[2]

§ 22.

Möglichkeit der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des durch Ausübung des Wiederverkaufsrechts künftig entstehenden Anspruchs auf die Übertragung des Eigentums.

Nach der von uns vertretenen Theorie entsteht bei einem vorbehaltenen Wiederkaufsrecht ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück erst mit der Ausübung des Wiederkaufsrechts, also erst in dem Augenblick, wo der Wiederkauf zustande kommt. Wir kehren nun wieder zu der bereits aufgeworfenen Frage zurück, ob für den auf Grund des vorbehaltenen Wiederkaufrechts entstehende Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück eine Vormerkung eingetragen werden kann, und zwar schon vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts. Die Frage muß erörtert werden, weil bei ihrer Bejahung auch dem Wiederkaufsrecht zum mindesten tatsächlich eine gewisse Wirkung gegen Dritte beigelegt wird.

Nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. ist die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten An-

---

[1] ERG. Bd. 67 S. 45.

[2] vgl. auch die frühere ERG. Bd. 60 S. 225.

spruchs zulässig. Ein bedingter Anspruch liegt nach unserer Theorie vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht vor, wohl aber nach der Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufs. Denn er gelangt für uns ja erst mit der Ausübung zur Entstehung, weil erst in diesem Augenblicke der Wiederkauf zustande kommt, aus dem ein Anspruch hergeleitet werden kann.

Es fragt sich nunmehr, ob bereits ein „künftiger" Anspruch im Sinne des § 883 vorliegt. Von der Beantwortung dieser Frage hängt die ganze Entscheidung jetzt noch ab.

Mit den Grundsätzen der Logik ist ein bedingter oder künftiger Anspruch überhaupt kaum vereinbar. Denn solange die Bedingung oder das zukünftige Ereignis noch nicht eingetreten, besteht auch kein „Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen". „Jedoch besteht das Bedürfnis, die Situation des Anwärters mit einem kurzen Ausdruck zu bezeichnen, und wenn das Bürgerliche Gesetzbuch (z. B. §§ 202, 813, 1078, 1228) von bedingten und betagten Verbindlichkeiten spricht, so sind wir berechtigt, in seinem Sinne auch von bedingten Ansprüchen oder Forderungen zu reden, wie dies ZPO. § 910 und KO. §§ 65, 154, 156 wirklich tun." [1] In diesem Sinne gebraucht, versteht man unter „betagten" Ansprüchen gemäß § 163 BGB. solche mit einem terminus a quo, der Suspensivbedingung vergleichbar, unter „befristeten" solche mit einem terminus ad quem, der Resolutivbedingung vergleichbar.

Nun gebraucht aber das Bürgerliche Gesetzbuch das Wort „künftig" außer in dem Ausdruck „künftige" Ansprüche (§ 883) „künftig fällig werdende Leistungen" (§ 218), „künftige Verbindlichkeit" (§ 705, vgl. die §§ 1123, 1204) auch in anderer Zusammensetzung, wie z. B. in §§ 310 u. 312, betreffend „künftiges Vermögen", „künftige gesetzliche Erben". Schon diese Zusammenfassung von Beispielen ergibt, daß es sich wahrscheinlich nicht um einen gesetzestechnischen Ausdruck handelt, sondern daß der einzelne Anwendungsfall die jedesmalige Bedeutung des Ausdrucks ergeben muß. Außerdem müssen wir auf eine eingehende Erörterung jener „allgemeinen" Frage verzichten, und wir dürfen dies, weil

[1] Aus Hellwig S. 7.

die hier in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen einen Schluß auf die Bedeutung des Wortes speziell in § 883 zulassen.

Über die Anschauung der Literatur ist betreffend der hier in Frage stehenden „künftigen“ Ansprüche (§ 883) folgendes zu berichten: Viele Kommentare schweigen, die meisten lassen eine Begründung ihrer Ansicht vermissen. Planck, Turnau-Förster, Kretzschmar, Staudinger, Fuchs, Kuhlenbeck[2]) wollen anscheinend unter „künftigen“ Ansprüchen nur die „betagten“ Ansprüche verstanden wissen. Goldmann-Lilienthal[3]) bezeichnen es als irrtümlich, unter künftigen Ansprüchen befristete — gemeint sind nach unserer Ausdrucksweise betagte — Ansprüche zu verstehen. Als Hauptvertreter dieser Ansicht finden wir wieder Cosack,[4]) der als typisches Beispiel der Vormerkung für einen zukünftigen Anspruch folgendes anführt: „C vermacht seiner unehelichen Tochter D ein Haus; da er besorgt, daß seine Erben dereinst der D Schwierigkeiten machen werden, läßt er den Vermächtnisanspruch der D schon jetzt vormerken“. Schreiner[5]) erwähnt noch, daß Cosack in einer älteren Auflage seines Lehrbuchs noch besonders hervorgehoben habe, daß die Vormerkung, selbst dann erfolgen könne, wenn das Vermächtnis noch nicht einmal niedergeschrieben sei“, das ist wohl die weitestgehende Auslegung die man dem Begriffe „künftiger“ Anspruch geben kann. Doch hat Dernburg[6]) sich ihm in jeder Beziehung angeschlossen.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 883[7]) muß folgendes hervorgehoben werden: Nach eingehenden Erwägungen darüber, ob man eine bedingte oder betagte Auflassung zulassen sollte oder nicht, entschloß man sich in der Kommission für den 1. Entwurf für die letzte Alternative, die zur Aufnahme des § 925

---

[2]) Planck Anm. 2 zu § 883; Turnau-Förster Anm. 2, 2 zu § 883 und Vorbem. 6 zu § 1094; Kretzschmar a. a O. S. 369; Staudinger Anm. II zu § 883; Fuchs Anm. 3 zu § 883; Kuhlenbeck Bd. 2, 2 § 16.

[3]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 536 Anm. 4.

[4]) Cosack 4. Aufl. Bd. 2 § 177 S. 23.

[5]) Schreiner S. 26.

[6]) Dernburg Bd. 3 § 51.

[7]) vgl. bezüglich der Entstehungsgeschichte und der dort angeführten Zitate der Protokolle Reichel a. a. O. S. 97.

Abs. 2 BGB. führte. Die 2 Kommission kam der ersten Auffassung wieder dadurch entgegen, daß sie in Aussicht nahm, für bedingte oder betagte Ansprüche auf Übertragung des Eigentums sowie auch auf Einräumung anderer Rechte an einem Grundstück eine Vormerkung zuzulassen, und man überließ es der Redaktionskommission, „dies nach Befinden außer Zweifel zu setzen". Die Redaktionskommission hat nun statt des Ausdrucks „betagt" den Ausdruck „künftig" gewählt und dem Paragraphen die jetzigen Fassung des § 883 Satz 2 gegeben, ohne eine Begründung für die Änderung beizufügen.

Ein sicherer Schluß darüber, ob die 2. Kommission den Ausdruck „betagt" in dem Sinne des § 163 BGB. oder in dem Sinne von „künftig" verstanden hat, erscheint nicht zulässig. Mit Rücksicht darauf, daß der Begriff des Anspruchs an sich schon streitig war und noch heute ist, wird man der letzten Ansicht zuneigen müssen. Maßgebend bleibt jedenfalls die Ausdrucksweise der Redaktionskommission, da sie die Auffassung der 2. Kommission „nach ihrem Befinden" außer Zweifel setzen sollte.

Neuerdings ist man in eine lebhafte Diskussion über die Bedeutung des Wortes „künftig" im Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingetreten; man hat sich aber im wesentlichen auch hier auf den § 883 beschränkt. Beteiligt haben sich an der Lösung der Frage Reichel, Sekler, Schreiner und Weber.[5]) Reichel weist auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens vom „künftigen" Beruf, vom „künftigen" Examen usw. hin (S. 100), auf die Entstehungsgeschichte des Paragraphen (S. 97) und auf das Beispiel Cosacks (S. 101) und definiert den künftigen Anspruch des § 883 im Verhältnis zu dem betagten als „einen schon in Aussicht genommenen, irgendwie vorhergesehenen, einigermaßen voraussehbaren Anspruch" (S. 100). Sekler definiert ihn etwas enger „als einen solchen, für dessen Entstehung nach dem augenblicklichen Stand der Verhältnisse und dem voraussichtlichen Lauf der Dinge so viele Chancen bestehen, daß die Parteien zurzeit schon mit dem Anspruch rechnen" (S. 430). Er rechnet hierzu

[5]) Reichel a. a. O. S. 87 ff.; Sekler a. a. O. S. 34 ff.; Schreiner a. a. O. S. 15—28; Weber a. a. O. S. 26 ff.

u. a. die Ansprüche auf Eigentumsübertragung, die durch Ausübung des Rücktrittsrechts, des Vor- und Wiederkaufsrechts, entstehen. Weber[9]) schließt sich ihnen an. Schreiber dagegen geht im wesentlichen davon aus, daß es unmöglich sein würde, eine Vormerkung für einen künftigen Anspruch durch eine einstweilige Verfügung zu erreichen, wie dies § 885 BGB. neben der Bewilligung des Betroffenen vorsieht, da ein künftiger Anspruch nicht glaubhaft gemacht werden könne;[10]) eine verschiedenartige Behandlung dadurch, daß ein künftiger Anspruch bei Bewilligung des Gegners eintragbar sei, bei mangelnder Bewilligung des Gegners nicht eintragbar sei, könne vom Gesetz nicht gewollt sein. Er kommt daher auch in Erwägung der wirtschaftlichen Bedenken zu dem Resultat, daß unter künftigen Ansprüchen in § 883 nur die betagten im Sinne des § 163 verstanden werden dürfen. Der von ihm gebrauchte Ausdruck „befristet" kommt dem Ausdruck „betagt" in unserem Sinne gleich.

Dem vermag ich jedoch nicht beizutreten, auch nicht trotz seiner anderen hier nicht hervorgehobenen Erwägungen. Ich schließe mich vielmehr der Meinung Reichels und Seklers an und erachte ihre Begründung der Definition des künftigen Anspruchs für zutreffend. Ausschlaggebend hierfür ist m. E. insbesondere die schon vorhin besprochene Entstehungsgeschichte des § 883, es kommt aber noch hinzu, daß nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber an Stelle eines gesetzestechnischen und auf Grund des § 163 BGB. festgeprägten Ausdrucks „betagt", wie er sich u. a. in § 813 BGB. und § 916 ZPO. findet, ohne Grund den dem Sprachgebrauch nach unbestimmten Ausdruck „künftig" gewählt haben sollte, auf diese Weise beide gleichstellend.

Wenn man sich für eine der beiden Auffassungen, für die Seklers oder die Reichels entscheiden soll, möchte ich die Seklersche Definition — ein Anspruch, mit dem beide Parteien nach dem Stande der Dinge schon rechnen — für richtiger halten. Sie ist gegenüber der Reichelschen Definition enger. Aber das Wiederkaufsrecht ist zweifellos auch schon unter sie zu rechnen, so daß

---

[9]) Weber a. a. O. S. 28.

[10]) vgl. besonders das Beispiel Cosacks.

wir uns einer Ausführung darüber, ob auch die weitergehende Definition Reichels zutrifft, enthalten können. Daß aber die Parteien mit dem künftig entstehenden Anspruch schon rechnen müssen, geht aus § 499 BGB. hervor, wonach der Käufer der Schadensersatzpflicht gewärtig sein muß, falls er vor Ausübung des Rechts über den gekauften Gegenstand verfügt. Ist aber der auf Grund des Wiederkaufsrechts entstehende Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ein künftiger, dann kann er auch durch eine Vormerkung sichergestellt werden.[11]

Die Eintragung würde dahin gehen müssen:

„Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des im Vertrage v. 1. 1. 1905 vorbehaltenen Wiederkaufsrechts künftig entstehenden Anspruchs[12] auf Einräumung des Eigentums unter Bezugnahme auf die einstweilige Verfügung[13] des Kgl. Amtsgerichts zu Seefeld v. 1. 2. 1905, eingetragen am 5. 2. 1905."

Nicht dagegen darf eine Vormerkung zur Sicherung des Wiederkaufsrechtes eingetragen werden.

§ 23.

Die Stellung der Motive zur Verdinglichung des Wiederkaufsrechtes.

Die Motive haben deutlich zu erkennen gegeben, daß eine Verdinglichung des Wiederkaufsrechtes vom Gesetzgeber in keiner Weise gewollt war, indem sie dabei davon ausgingen, daß eine erhebliche Kreditbeschränkung damit verbunden sein würde, wenn bei einer Belastung des Grundstücks der Hypothekengläubiger jederzeit damit rechnen muß, daß die ihm bestellte Hypothek im Falle der Ausübung des Rechts unwirksam wird (§ 883 Abs. 2

[11]) Bendix a. a. O. S. 295 Anm. 11 betrachtet ihn als einen gegenwärtigen Anspruch auf künftige Leistung, m. E. zu Unrecht; Willenbücher a. a. O. Anm. 4 zu § 883 konstruiert einen „betagten und bedingten" Anspruch auf Eigentumsübertragung.

[12]) Anders, weil von einem bedingten Anspruch ausgehend, z. B. Fantini S. 57.

[13]) Entspr. bei Bewilligung.

BGB.). Die Richtigkeit dieser Besorgnis läßt sich nicht verkennen. Aber es hat sich auf der anderen Seite im Laufe der Zeit in manchen Landesteilen nicht nur hinsichtlich der Rentengüter, wo das dingliche Wiederkaufs**recht** landesgesetzlich eingeführt worden ist, sondern auch in Städten geradezu ein Bedürfnis nach einer Verdinglichung des Wiederkaufs**rechts** herausgestellt. So berichtet, wie schon erwähnt, Dollinger,[1]) daß für die Stadt Ulm eine dingliche Gestaltung des Wiederkaufsrechtes benötigt werde, um bei den von ihr erstellten und zum Verkauf gebrachten Arbeiterwohnhäusern für die Zukunft Grundstücksspekulationen auszuschließen. Desgleichen bedingt sie sich stets Wiederkaufsrechte aus, wenn ein zunächst entbehrlicher Straßenplatz an Anlieger zur Erstellung von Vorgärten veräußert wird. An diesem Beispiel zeigt sich, daß auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus eine dingliche Sicherung des Wiederkaufsrechtes in irgendwelcher Form geboten ist.

§ 24.

Vormerkung zur Sicherung des durch Ausübung des Wiederkaufsrechts entstandenen Anspruchs auf Übertragung des Eigentums.

Daß nach Abgabe der Erklärung des Wiederkäufers, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, die Eintragung einer Vormerkung möglich ist, ist selbstverständlich und muß nur der Vollständigkeit halber hervorgehoben werden.[1]) Denn darüber stimmen alle Theorien überein, daß durch Ausübung des Wiederkaufsrechts der Wiederkauf zustande gekommen ist. Aus dem auf diese Weise zustande gekommenen Kaufvertrage ergibt sich nach § 433 ohne weiteres ein gegenwärtiger Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück. Dieser Anspruch kann nach § 883 durch Vormerkung gesichert werden, und zwar, da der Anspruch schon entstanden, in folgender Form:

„Vormerkung zur Sicherung des durch Ausübung des in dem Kaufvertrage vom ... dem ... vorbehaltenen

---

[1]) Dollinger a. a. O.

[1]) Güthe a. a. O. Bd. 1 S. 512, 7.

Wiederkaufsrechts entstandenen Anspruchs auf Übertragung des Eigentums unter Bezugnahme auf die einstweilige Verfügung (oder auf die Eintragungsbewilligung des ... vom ...) des Kgl. Landgerichts zu ... vom ... eingetragenen am ..."[2])

[2]) vgl. Fischer, GBO., Berlin 1900 (Guttentagsche Samml), S. 208.

Fünftes Kapitel.

Wirkung der nach Kapitel IV zulässigen Vormerkungen gegen Dritte.

Steht hiernach fest, daß dem Wiederkaufsrecht immerhin in der Weise dingliche Wirkung beigelegt werden kann, daß der durch Ausübung des Rechts künftig entstehende oder der bereits entstandene Anspruch auf Übertragung des Eigentums durch Eintragung einer Vormerkung sichergestellt werden kann, so bleibt uns noch einiges über die Wirkung dieser Vormerkung Dritten gegenüber zu sagen.

Daß die Eintragung einer Vormerkung Wirkung gegen Dritte hat, darüber besteht kein Zweifel. Denn § 883 Abs. 2 bestimmt: „Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt“.

Steht diese Wirkung gegen Dritte fest, so ist an sich die Aufgabe gelöst. Um aber wenigstens die Art und Weise dieser Wirkung zu skizzieren, muß man dem Wortlaut des § 883 gemäß zwischen freiwilligen Verfügungen des Käufers einerseits und Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung und Verfügungen durch den Konkursverwalter andererseits unterscheiden.

§ 25.

Wirkung der Vormerkung im Falle freiwilliger Verfügungen des Käufers.

Unter Verfügungen versteht man Rechtsgeschäfte, durch die eine Begründung, Übertragung, Belastung, Änderung oder Auf-

hebung eines Rechts unmittelbar bewirkt wird.[1]) Sie stehen im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften, durch die nur eine „Verpflichtung“ zur Leistung, event. eine Verpflichtung, über einen Gegenstand zu verfügen, begründet wird. Hier kommt hauptsächlich die Veräußerung oder Belastung des Grundstücks durch den Käufer in Betracht. An sich ist der Käufer trotz der Vormerkung in keiner Weise in der Verfügung über das Grundstück beschränkt, er kann es an einen Dritten veräußern und auch belasten.

Hat er es aber an einen Dritten veräußert, so ist diese Veräußerung, wenn der vorgemerkte Anspruch auf Übertragung des Eigentums zu Recht besteht, unwirksam, da sie mit diesem kollidieren würde. Gelangt dagegen der vorgemerkte Anspruch nicht zur Entstehung, z. B. wenn der Wiederkaufsberechtigte das Wiederkaufsrecht innerhalb der bestimmten Frist nicht ausübt oder auf das Recht verzichtet, so bleibt die an den Dritten erfolgte Veräußerung wirksam. Die event. eintretende Unwirksamkeit ist immer nur eine relative oder wie das Gesetz sich ausdrückt: Die Verfügung ist „insoweit“ unwirksam, als sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Um auch die Durchsetzung des vorgemerkten Anspruchs gegenüber der unwirksamen Auflassung an den Dritten zu sichern, bestimmt § 888 Abs. 1: „Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder die Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist“. Der Verkäufer ist also berechtigt, vom Käufer die (durch Vormerkung gesicherte) Auflassung, von dem bereits als Eigentümer eingetragenen Dritten die Zustimmung zu dieser Auflassung zu verlangen.[2]) Diese Zustimmung und die gesetzliche Bestimmung hierüber im § 888 war deshalb erforderlich, weil nach § 19 GBO. eine Eintragung nur dann erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen

[1]) vgl. u. a. Biermann a. a. O. S. 193.
[2]) vgl. Biermann a. a. O. S. 210.

Recht von ihr betroffen wird.[3]) Wie sich die Sachlage im Falle gestaltet, daß Klage auf Auflassung und auf Zustimmung nötig wird, kann hier dahingestellt bleiben.[4])

Die gleichen Wirkungen treten ein, und auf demselben Wege kann der Verkäufer vorgehen, wenn der Käufer trotz Vormerkung das Grundstück belastet hat. Er kann die Beseitigung dieser Belastung durchsetzen. Und zwar kann er für den Fall der Klage, wie Biermann[5]) m. E. richtig annimmt, ohne sich erst etwa als Eigentümer eintragen lassen zu müssen, sofort auf Löschungsbewilligung klagen.[6])

§ 26.

Wirkung der Vormerkung, wenn eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

Auch für den Fall, daß durch den Konkursverwalter oder im Wege der Arrestvollziehung oder der Zwangsvollstreckung Verfügungen über das Grundstück getroffen worden sind, gilt an sich nichts Besonderes. Diese Verfügungen sind in derselben Weise unwirksam, und dem Wiederkaufsberechtigten ist in derselben Weise ein Anspruch auf Beseitigung der mit der für ihn eingetragenen Vormerkung kollidierenden Rechte gegeben wie bei einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Verkäufers. Er kann also z. B. in gleicher Weise von dem Gläubiger Löschung einer im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund der §§ 866 u. 867 ZPO. eingetragenen Sicherungshypothek verlangen, als wenn diese auf Bewilligung des Käufers (des Eigentümers) eingetragen wäre (§ 883 Abs. 2 Satz 2).

Nur für den Fall, daß die Zwangsvollstreckung in das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung stattfindet (§ 866 Abs. 1 ZPO.), erhebt sich eine große Streitfrage, nämlich:

[3]) vgl. Weber S. 35.

[4]) vgl. nur die gegenteiligen Meinungen von Biermann a. a. O. S. 212 und Turnau-Förster Bd. 1 Anm. II, 1 zu §§ 888, 831, 184 BGB.

[5]) Biermann a. a. O. S. 211.

[6]) And. M. Turnau-Förster Bd. 1 Anm. II, 1 zu §§ 888, 183, 184 BGB.

Welche Wirkung hat die Vormerkung des Auflassungsanspruchs des Wiederkaufsberechtigten, wenn über das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung verfügt wird? Daß der vorgemerkte Anspruch irgendwelchen Schutz gegenüber einer im Wege der Zwangsversteigerung erfolgten Veräußerung genießen muß, ist sicher und folgt aus § 883 Abs. 2 Satz 2; denn auch die Zwangsversteigerung ist eine Vollstreckungsmaßregel. Es fragt sich nur, wie er in diesem Falle geschützt wird.

Zweierlei ist möglich: Entweder man sieht in der Eigentumsvormerkung ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht, dann ist die Zwangsversteigerung gemäß § 28 ZVG. aufzuheben oder einzustellen — für den Wiederkaufsberechtigten natürlich der beste Schutz —, oder man sieht in der Vormerkung lediglich ein akzessorisches Sicherungsrecht am Grundstück,[2] also ein Recht am Grundstück wie jedes andere (z. B. die Hypothek), dann wird der vorgemerkte Anspruch bei den Versteigerungsbedingungen berücksichtigt, und zwar in ähnlicher Weise wie andere Rechte am Grundstück (§§ 45 ff. ZVG.). Die Beantwortung der Frage aber, ob die Eigentumsvormerkung ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 28 ZVG. ist, hängt lediglich davon ab, welcher Ansicht man sich betreffs der juristischen Konstruktion der Vormerkung anschließt. Denn nur aus dem Wesen der Vormerkung ist ein Schluß über obige Frage möglich.

Nun sind, soweit muß der Streit um das Wesen der Vormerkung hier Platz finden, in der Literatur hierüber folgende Anschauungen als die wichtigsten vertreten[3]: Planck sieht in der Vormerkung ein „qualifiziertes Veräußerungsverbot". Auf demselben Standpunkt steht Achilles-Strecker, Predari, Kretzschmar sowie die Rechtsprechung.[4] Nach Oberneck wird der an sich gegen eine bestimmte Person gerichtete Anspruch zu

---

[1]) Ich schließe mich hier an Sekler a. a. O. S. 246 ff. an.

[2]) So Sekler S. 247.

[3]) Es wird hier nach der Zusammenstellung von Sekler a. a. O. S. 111—129 berichtet.

[4]) Sekler Anm. 1 u. 2 S. 113.

einer[5]) obligatio in rem scripta. Nach der Auffassung Gierkes, der die von Dernburg und Endemann ähnelt, handelt es sich um ein ius ad rem.[6]) Enneccerus sieht in der Vormerkung eine Erwerbsberechtigung,[7]) die in akzessorischer Weise als absolutes Recht zu dem Anspruch hinzutritt. Cosack[8]) konstruiert sie als ein dingliches Recht, wenn auch nicht Recht am Grundstück, so doch der Hypothek vergleichbar. Sekler vergleicht sie ebenso mit der Hypothek und konstruiert sie „als eigenartiges akzessorisches Recht an Grundstücken, das die Befriedigung des gesicherten Anspruchs aus dem belasteten Gegenstand gewährleistet“.

Ich schließe mich der Meinung Seklers an. Ist aber die Vormerkung nur ein Recht am Grundstück, dann ist sie ebenso wie die Hypothek kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 28 ZVG. Auch wenn der Wiederkaufsberechtigte, für den zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums eine Vormerkung eingetragen ist, die Einstellung oder Aufhebung der Zwangsversteigerung beantragt, braucht diesem Antrag nicht entsprochen zu werden, vielmehr wird die Zwangsversteigerung fortgesetzt. Die Vormerkung wird bei Zugrundelegung dieser Theorie und bei Festsetzung der Versteigerungsbedingungen genau so berücksichtigt wie jedes andere Recht an einem Grundstück. -- Gerade entgegengesetzt würde man zu entscheiden haben, wenn man mit Planck die Vormerkung als ein qualifiziertes Veräußerungsverbot auffassen würde. Nach dieser Theorie müßte, da die Zwangsversteigerung zur Veräußerung führt, andererseits ja aber in der Vormerkung ein Veräußerungsverbot enthalten ist, die Zwangsversteigerung gemäß § 28 ZVG. eingestellt werden.

[5]) Sekler a. a. O. S. 116.
[6]) Sekler a. a. O. S. 118.
[7]) Sekler a. a. O. S. 122.
[8]) Sekler a. a. O. S. 123.

Schluß.

§ 27.

Fassen wir zusammen, so ergibt sich folgendes Resultat:

Nach Reichsrecht kann dem Wiederkaufs r e ch t als solchem, abgesehen von dem zweifelhaften Mittel der Eintragung eines Veräußerungsverbotes auf Grund einer einstweiligen Verfügung, Wirksamkeit gegen Dritte nicht beigelegt werden, weder durch Vereinbarung und Eintragung eines dinglichen Wiederkaufsrechts noch durch Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Wiederkaufsrechts. Nur dem auf Grund des Wiederkaufsrechts entstehenden oder entstandenen A n s p r u ch auf Übertragung des Eigentums kann durch Eintragung einer Vormerkung Wirksamkeit gegen Dritte gegeben werden.

Nach preußischem Landesrecht dagegen kann sowohl ein dingliches Wiederkaufs r e ch t vereinbart und eingetragen als auch eine Vormerkung zur Sicherung des „Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Wiederkaufsrechts" eingetragen werden, so daß hier zwei Wege gegeben sind, auf denen eine Wirksamkeit gegen Dritte erreicht werden kann.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 20. Oktober 1879 wurde ich, Alfred Bartsch, als Sohn des Postinspektors Daniel Bartsch und seiner verstorbenen Ehefrau Anna geb. Bursch zu Breslau geboren. Mein Vater ist in zweiter Ehe verheiratet mit Clara geb. Post und lebt als Postdirektor a. D. in Wiesbaden. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und evangelischen Bekenntnisses. Vier Jahre besuchte ich die Volksschule, 2 Jahre das Kgl. Gymnasium, 5 Jahre das städt. Realgymnasium zu Neisse. 1897 bestand ich in Berlin die Prüfung zum Portepee-Fähnrich, wurde jedoch nach kurzer Dienstzeit als Avantageur im Infanterie-Regiment Nr. 19 zu Görlitz als vorläufig dienstuntauglich entlassen. Sodann besuchte ich das städt. Realgymnasium zu Guben, das ich Ostern 1900 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Bis 1901 genügte ich sodann meiner Militärpflicht bei dem Feld-Artillerie-Regiment Nr. 57 in Neustadt (Oberschles.) und bezog hierauf die Universität Breslau. Zunächst studierte ich einige Semester Germanistik und Philosophie, sodann Rechts- und Staatswissenschaft. Im Mai 1909 bestand ich das Referendarexamen am Oberlandesgericht Breslau und war 9 Monate am Amtsgericht Freiburg (Schles.) als Referendar beschäftigt. Nach meiner Überweisung an das Landgericht Schweidnitz schied ich auf meinen Antrag aus dem Justizdienst aus. Im Juni 1910 bestand ich das examen rigorosum. Von dem Herrn Ober-Präsidenten der Provinz Posen für die Stellung eines Distriktskommissars vornotiert, bin ich dem Landratsamt Rawitsch (Posen) zur Ausbildung überwiesen.